

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM

FASCICVLVS V.



HALAE AD SALAM

TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1776.

Index diff. huius fasc.

- XXX. *De bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis*; disputab. Ioan. Henr. HOFFMANN, Harradæ-Thuringus. Vitemb. d. Iun. 1737. pag. 719
- XXXI. *Observatt. de probatione sanæ mentis*; ad L. 27. D. de condit. institut. defend. Iac. Ernest. Frider. CRELLIVS, Meinunga-Francus. Vit. d. 5 Dec. 1737. 731
- XXXII. *De vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato* disputab. auctor Ludov. MAGEN, Lips. Vit. d. 17 Dec. 1737. 747
- XXXIII. *De fide instrumentorum inprimis publicorum*; diff. Christoph. Dan. WEIGEL, Norimberg. Vit. d. 6. Iun. 1738. 778
- XXXIV. *De mutuo fæminæ aliis credituræ dato*, ad leg. 11. & 12. D. ad SCtum Vellejanum, disput. Christ. Henr. Lebrecht KLOPFER, Waldenb. Schcen. Vit. d. Iun. 1738. 790
- XXXV. Progr., *ex iure naturæ nat. & gent. bonorum immobilium possessionem saltem non item dominium tribui, nisi magistratus inuestitura accedat*, summos vtr. iur. hon. Io. Aug. DOERINGI, Torgau, Vit. d. 19. Aug. 1738. conferendos indic. 808
- XXXVI. *De clerico ob pactiorem cum patrono factam sacerdotio se abdicante*, defend. auct. Woldemar Aug. FISCHER, Dresena-Misn. Vit. d. Aug. 1738. 813
- XXXVII. *De præscriptione petitionis hereditatis paternæ & auitæ*, defend. auct. Gottlob ERDMANN, Mansfeld. Vit. d. 17 Oct. 1738. 843
- XXXVIII. *Utrum liberi actione quasi Calvisiana venditiones parentum inofficiosas reuocare possint*, ad Leg. ult. D. de rebus in fraud. patron. disp. Valentin. Sigism. SITTING, Lissa-Delitiensis. Vit. d. 21 Mart. 1738. 854
- XXXIX. *Observatt. de origine & virtute iuris non scripti*, defend. auct. Christ. Guil. USWALD, Voigtsberga-Variscus. Vit. d. Iul. 1738. 873
- XL. *Observatt. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi caussa*, ad L. 3. D. si quis aliquem testari prohib. defend. Theod. Gotth. BAHRDT, Lubbena-Lusatius. Vit. d. Iul. 1738. 882

XXX.

DE

BONIS RECEPTITIIS VXORI TESTAMENTO PATERNO CONSTITVTIS.

VITEMBERGAE, AD D. . IVNII. A Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

Vt augeantur incommoda matrimoniorum, etiam *lucris cupiditas* in-Occasio insti-
teruenit: postquam placuit, ex bonis vxoris aliquem fructum pertinere ad *tuti.*
maritum. Ausim enim affirmare, plerasque vxores melioribus vsuras viris,
& maritum aliquando vxore obsequentiori, quæ illi, cui fors corpus dederit,
facile etiam animum datura esset, nisi *lucra* quædam *matrimoniorum* atque
rei vxoriæ inuenta essent, & *dotes* in primis constitutæ. Enimuero per se
fatis dura est conditio coniugum, quam multi, vt ipsum matrimonium subin-
de, plus iusto reformidant. In primis feracissima dissensionum dicitur *con-*
iugum societas: & subit mirari, cur conglutinari penitus animi atque arctius
coniungi vix possint, nisi antea aliquid rixarum atque simultatum inter illos
oriatur; vt, cum illarum difficultatem superauerint, tunc demum prisca Ve-
nus redeat,

Diductosque iugo cogat aheneo. a)

Nimirum, quod Parmeno, apud P. TERENTIUM ait *b)*

*In amore hæc omnia insunt vitia: iniuria,
Suspiciones, inimicitia, inducia,
Bellum, pax rursus:*

Et, quod Ioui videtur apud PLAVTUM *c)*

*Inter eos rursus si reuentum est in gratiam,
Bis tanto amici sunt inter se, quam prius.*

Quapropter, cum amor sit *periculosus*, & vix vnquam sine rixa, ad iras
molliendas tediumque huius rei mitigandum, *commoda rei vxoriæ* permessa
sunt maritis; vt cogitent, vxorem sibi non solum *iucundam*, sed etiam *uti-*
lem futuram. Si enim Saturioni apud PLAVTUM *d)* fides est,

Dum dos sit, nullum vitium vitio vertitur.

Certe facilius a quibusdam feruntur iniuriæ, si cogitent, quam multas pecu-
nia & quam mirificas pariat iucunditates. Sed, næ, illi non satis norunt
mu-

a) HORAT. L. III. Od. IX. v. 18.

b) TERENT. in Eunuch. act. I. sc. I. v. 14.

c) PLAVT. Amphit. III. 2. 61.

d) Ibid. in Persa III. I. v. 59.

muliebre ingenium, qui his artibus gratiam inter coniuges conciliari crediderunt. Quamquam enim, quod imperatores aiunt, l. 8. *C. de pact. conuen. bonum erat*, mulierem, quæ se ipsam merito tradit, etiam *res suas* eius arbitrio permittere; tamen nihil efficacius odia mulierum accendit, quam si intelligant, maritum aliquid lucri & commoditatis ex bonis suis aucupari. Hæc est illa pestis, quæ omnes delicias iucundissimæ coniunctionis pessime corrumpit: hæc materia irarum & dissensionum, quibus coniugum illa societas, per se mater rixarum atque iniuriæ, plerumque perturbatur. Enimvero constitutæ sunt dotes & commoditates rei uxoriæ, ut ne desit occasio altercationum, inter coniuges, quam ipsa natura facile suppeditasset. Audiamus *Demenætum*, senem, apud *PLAUTVM* ^{e)} qui

Argentum accepit, dote imperium vendidit.

Rara est inter illos gratia qui de lucro inter se contendunt. Obuenit nuper *ICTis Vitembergensibus* eiusmodi species, quæ animum incitauit ad scribendum. Fuerat aliquamdiu fribusculum inter coniuges & postea odium ex gratia ortum erat. Socer, ut animum generi emolliret, *testamento* constituerat, ut filia sibi quidem heres esset, sed *usumfructum portionis legitimæ* duntaxat, permetteret marito: reliqua tanquam *bona receptitia* haberet; donec maritus cum uxore in gratiam fuerit reuersus. Doch soll ihr Ehemann von ihrer Erbportion den usumfructum oder Nießbrauch entweder gar nicht, oder im Fall es die Rechte nicht zulassen sollten, weiter nicht, als nur von der legitima, oder den Pflichttheil, wenn sie selbigem zu ihrer und ihrer Kinder sustentation nicht selbst bedarff, haben, und davon nur so viel, als sothaner Pflichttheil beträgt, pro paraphernalibus gehalten werden, von ihren übrigen aus meiner Verlassenschaft herrührenden Antheilen und Vermögen aber soll Er, ihr Ehemann, den usumfructum keinesweges, sondern dasselbe *vim & effectum bonorum receptitiorum* haben. Wie ich denn meiner Tochter, ihm den usumfructum von ihren Vermögen ausser den Pflichttheil zu kommen zu lassen, ernstlich verbiethen etc.

Quo iure cum vxor vteretur, tunc demum *accensi sunt animi utrinque*. Maritus impugnabat soceri testamentum: & *bona receptitia* non vltima voluntate, sed *pacto* duntaxat, constitui, sibi *ius quæsitum*, *ius mariti* eripi non posse, causabatur. Digna res visa est, de qua copiosius tractemus.

§. II.

*Recipere, recipatio,
dos receptitia.*

Sed ut res commodius intelligatur, primo, de *bonis receptitiis* generatim exponemus. Nimirum, si *ICTos* audias, *recipere* dicuntur, qui *promittunt* aliquid alteri *consentienti*, & de re insolita, quæ, citra conuentionem, peti non posset ab inuitis, paciscuntur. Ita nautæ, caupones & stabularii

^{e)} *PLAUT. Asinar. l. i. v. 74.*

larii dicuntur *recipere* custodiam illarum rerum, quæ ad illos inferuntur *l. 1. §. 8. D. naut. caup. & stapul. ut recept. rest.* Ideoque, ut prætor interpretatur, de eo, quod cuiusque saluum fore, *receperint*, tenentur *l. 1. pr. D. eod.* Eadem forma apud *VLPIANVM* arbiter videtur arbitrium *recipere*, dum iudicis partes suscipit, finemque se sua sententia controuersiis impositurum, *pollicetur l. 3. §. 1. l. 13. §. 2. l. 21. §. 9. D. de recept. & qui arbitr.* Imo vero *IUSTINIANVS l. 14. pr. C. de iudiciis* ideo confundit *receptum* atque *compromissum*; quia vis utriusque *conuentione* quadam continetur: quamuis alias *partes* duntaxat *compromittant*, sed *arbitri recipiant* arbitrium *l. 1. C. de recept. arbit.* adeoque aliquid intersit inter *receptum* atque *compromissum*. Eleganter illud *GERARDVS NOODT*, vir summus, obseruauit. *f)* Illud expeditum est, nunquam apud Romanos *receptitium*, aut *receptum*, appellari, nisi cum aliquid *singulare*, præter formam iuris, fuerit *conuentione*, aut alia declaratione voluntatis, definitum. In primis *receptum*, dicitur, quod in *uenditione* ædium & vniuersitatis *excipimus*, ne cum rebus reliquis veneat, & venditori *reseruamus*. *M. TVLLIVS g)* accusat venditorem quendam: qui, cum ædes venderet, ne in rutis quidem & cæsis solum paternum *recepisset*. Est etiam apud *PLAVTVM h)* adolescens, qui, posticulum aliquod *recepit*, cum ædes venderet, id est, quod *BVDÆVS i)* interpretatur, qui pactus est, ne posticulum cum ædibus, quibus cohærebat, ad emptorem perueniret.

Recipiunt igitur, qui aliquid insoliti *promittunt*, aut sibi *paciscuntur*; ut fere nunquam possit aliquid *receptum* dici, *sine pacto*. Certe *MARCIVS l. 1. D. de receptat.* illos, qui latrones, cum possint apprehendere, pecunia accepta vel mercede constituta, dimiserunt, *receptatores* dici, ait, quia suffugium latronibus, atque facultatem elabendi & spem veniæ *promittant*. Imo vero etiam iure publico Quiritium, cum controuersiæ gentium *conuentione* dirimuntur, ut *res reddantur*, laesisque *satisfiat*, quod *SERVIVS ait k)* bellum *reciperatione præuerti* dicitur, quod indicendum esset per FERIALES, si res repetentibus non redderentur. *l)* Ita enim *FOMPEIVS FESTVS m)* ex *ÆLIO GALLO*: *reciperatio* est, inquit, cum inter populum & reges, nationesque & ciuitates peregrinas, *lex conuenit*, quomodo reddantur res, ipsique res priuatas inter se persequantur. Ut appareat a *pactione* solenni, quam clarigationem vocant, *reciperationis* nomen maxime profectum. *GAIVS* etiam *l. 31. §. 1. D. de donat. mort. causs. dotes receptitias* commemorat, id est aduentitias, quum ille, qui dotem dedit, *stipulatur a marito*

A 2

f) GERARD NOODT comment. ad L. IV. Digest. tit. 8. p. 135. *g)* CIC. lib. II. de orat. *h)* PLAVT. Trinum. l. 2. v. 157. *i)* BVDÆVS ad h. l. Plauti. *k)* SERVIVS ad Virg. Aen. X. v. 14. *l)* BRISSON de formul. L. IV. 12. p. m. 321. *m)* FESTVS in voce: *reciperatio* p. m. 205.

rito, in mortem vxoris, vt dos sibi redderetur: quod cum accidit, dos *mortis causa capi* aut *recipi*, videtur *d. l. 31.* Enimuero, cum dotes aduentitiæ, quod *VLP IANVS* ait, *l. 22. pr. D. solut. matrim.* pertineant ad vxorem, aut ipsa mortua, ad mulieris heredes, aut maneant apud maritum, nisi aliter pacti sint illi, qui dotem mulieri dederunt; conueniens erat, dotem *receptitiam* appellari, si, *præter iuris formam*, extraneus, qui dotem dedit, pactus sit expresse & *receperit*, vt dos sibi redderetur. Ita enim *VLP IANVS* alio loco in *fragment. tit. VI. §. 5.* Aduentitia dos semper penes maritum manet, præterquam, si is, qui dedit, vt sibi redderetur, *stipulatus* fuit: quæ dos specialiter *receptitia* appellatur.

Itaque apparet, *receptitium* videri, de quo quis *specialiter*, contra regulam iuris, pactus est, aut voluntatem suam declarauit. *MARCVS CATO*, legem Voconiam suadensⁿ⁾ inducit mulierem, quæ marito magnam dotem adtulit, sed magnam etiam pecuniam *recepit*, quam in viri potestatem non commisit: deinde vero, vbi irata erat, *seruum receptitium* immisit in maritum, qui ipsum sectaretur atque flagitaret, vt pecuniam *receptitiam*, quam ab vxore mutuam acceperat, restitueret vxori. Neque potest esse obscurum, quin pecunia, quam mulier *recepit*, aut, quod *GELLIUS* interpretatur ^{o)} *retinuit*, sit illa portio bonorum, quam pactis dotalibus *exceptit* mulier, ne illa ad maritum perueniret: item *seruus receptitius*, quem, cum pecunia reliqua, *receperat* mulier, nec in dotem dederat, sed *retinuerat* & suis vsibus propriis destinauerat duntaxat, excluso penitus marito. Inapte enim *VERRIUS FLACCUS* ^{p)} & cum illo *POMPEIUS FESTUS* ^{q)} *seruum receptitium*, seruum, qui ob vitium *redhibitus* fuerit ab emtore, pessimum in familia mancipium, interpretati sunt. Enimuero irata illa vxor non potuisset seruo *receptitio* imperare, vt maritum flagitaret, nisi ipse fuisset seruus proprius vxoris. Adhuc inficetius *DOUZA* philosophatus est ^{r)} qui *seruum receptitium* prorsus eundem cum *dotali seruo* esse ait, quem mulier adduxit ad maritum. Hoc enim oppido ineptum est.

§. III.

Bona receptitia an sint tertia species bonorum vxoriorum.

Satis credo intelligitur, illud demum receptum & *receptitium* videri, quod contra regulam iuris formamque consuetam, *pactione singulari*, aut declaratione quadam voluntatis, fuit exceptum atque definitum. Nunc operæ pretium est, vt de *receptitiis vxorum bonis* speciatim videamus. Neque ramen est locus dubitationi, quin *receptitia* bona non intelligantur, nisi inter virum & vxorem *illud actum fuerit*, vt quædam bona a rationibus mariti separentur. Certe *THEODOS & VALENT. Impp. i. 8. C. de pact. conu.*

ⁿ⁾ *GELLIUS* not. Attic. XVII. c. 6.

de obscuris Catonis apud Gellium 17. 6.

^{r)} *DOUZA* ad Plaut. Alin. I. 1. 72.

^{o)} Id. I. c.

^{p)} *VERRIUS FLACCUS*

^{q)} *FESTUS* v. *receptitius*.

conu. prohibitionem uxoris desiderant, ut maritus a paraphernis, illorumque usu, excludatur: nolunt etiam necessitatem aliquam vxoribus imponi, ut in communionem paraphernorum maritus admittatur. Sed facti magis quaestio est, quam iuris, an vxor prohibuerit maritum, ne se immisceat omnino paraphernis. VLP IANVS quidem l. 9. §. 3. D. de iure dotium, haud dubie actionem desiderat in paraphernis: & quid actum sit inter virum & vxorem, respiciendum esse, docet. Ait enim si res dentur marito in ea, quae Graeci παροΐφερνα dicunt, tunc demum res illas effici mariti, si hoc animo dentur, ut mariti fiant; & illas quidem soluto matrimonio non vindicari nec dotis actione peti, sed condici: adeoque esse in arbitrio vxoris, qua forma & quo animo res velit tradere marito. Plane interdum vxores libellum illarum rerum maritis dare, ait, atque res, quas solent in usu habere in domo mariti, si illas in dotem dare nolint, in scripturam conferre, illumque libellum maritis offerre, ut subscribant, quasi res acceperint, sed hunc libellum velut chirographum aliquod ab vxoribus retineri, ut intelligatur, se res illas, quae libello continentur, in domum maritorum intulisse. Atuero, dato hoc chirographo, non id actum videri inter virum & vxorem, ut dominium transferatur, sed magis, ut certum sit, res in mariti domum illatas esse: ne, si quandoque separatio fiat, hoc negetur a marito. Nemo igitur dubitat, ab initio esse penes coniuges, quo iure, uti velint in bonis paraphernis, & pacto definiri, utrum dominium illarum rerum apud vxorem manere debeat, dato chirographo, an vero transferri ad maritum. Imo vero, etiam si conuenerit, ut dominium paraphernorum retineatur ab vxore, adeoque certum sit, res non effici mariti; nondum tamen expeditum est, quid iuris marito competat in his rebus vxoris, quas noluit in dotem dare, nec mariti efficere; sed in domum mariti duntaxat inferre, atque in usu habere in laribus mariti. Iam igitur porro in arbitrio est vxoris, quid in illis rebus velit permittere marito. VLP IANVS enim d. l. 9. §. 3. D. de iure dotium testatur, maritum plerumque repromittere custodiam illarum rerum, quarum vxor dominium sibi quidem seruauerit, sed quas tamen commiserit marito: quod si factum fuerit, maritum, si res non reddantur, vel mandati vel etiam depositi teneri: interdum vero aliter obseruari, ait, ut res illae potius vxori committantur, quam marito: quae res & ipsa desiderat declarationem voluntatis. Hae igitur, quarum custodia marito non permissa, vel actione rerum amotarum, vel, si non amouentis animo maritus illas retineat, actione ad exhibendum repetuntur. d. l. 9. §. 3. in fine D. de iure dotium.

Quae cum ita sint, nemo non videt, varie de paraphernis agi & tractari posse inter virum & vxorem; ut res illae vel mariti fiant, vel maneat vxoris; & si maritus a dominio exclusus fuerit, ut vel custodia ipsi committatur, vel vxor retineat custodiam rerum illatarum: quod extremum

neceſſe eſt euenire, ſi vxor maritum *prohibeat* omnino, ne ſe immiſceat in paraphernis. Sed, quamuis *paſſione* plerumque de his rebus conueniat inter virum & vxorem; tamen attinet monere, quod vxor, marito etiam inuito, retinere poſſit cuſtodiam rerum illatarum, & cogi non poſſit, vt conſentiat marito, qui illarum cuſtodiam poſtulat. *VLP IANVS* enim d. l. 9. §. 3. *D. de iure dotium*, contractum *mandati*, aut *depoſiti* deſiderat, ſi parapherna cuſtodix mariti committantur. Sed eiſmodi negotia *conſenſu* contrahuntur. Præterea *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent.* docent, *prohibitionem* vxoris ſufficere, vt paraphernis ſe immiſcere nequeat maritus. Maritus igitur ſola *voluntate* vxoris excluditur a cuſtodia & adminiſtratione rerum illatarum. Hanc vero ſpeciem bonorum, *quorum vxor ſibi cuſtodiam*, declaratione voluntatis *ſingulari atque inſolita*, reſeruat, & a quibus maritum prohibet omnino, *bona receptitia* dicimus. Hoc genere continetur magna illa pecunia, apud *CATONEM* ^{s)} quam vxor *recepit*, ſed in mariti poteſtatem non commiſit, & poſtea mutuam ipſi dedit, & reſlagitauit per *ſeruum receptitium*, quem & ipſum, *GELLIO* interprete ^{t)} cum pecunia *receperat*, nec doti dederat, ſed *cuſtodiendum* ſuiſque vſibus adhibendum *retinuerat*, & ſeparauerat a rationibus mariti.

Ex his, quæ adhuc diſputata ſunt, facile erit iudicare, an *res illæ receptitiæ*, de quibus actum eſt, commode haberi poſſint pro *tertia ſpecie* bonorum, a dote & bonis paraphernis penitus ſeiuncta, an potius paraphernorum appellatione etiam *receptitia* contineantur. Magnam de illo argumento litem *SCHILTERVS* cum *WEHNERO* exercuit. ^{u)} Mihi quidem certius videtur, *receptitia* etiam *contineri paraphernis*. *VLP IANVS* enim l. 9. §. 3. *D. de iure dotium* itemque *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent. parapherna* duntaxat a dote ſeiunxerunt; ſed de *paraphernis varie* paciſci poſſe virum & vxorem, docuerunt. Quodſi igitur *ſpecialiter* conuenerit, vt *ne quidem illorum cuſtodia marito committatur*, aut, ſi vxor maritum *prohibuerit*, ne ſe rebus illis immiſceat; ſingularis quædam *ſpecies paraphernorum* enaſcitur, quam *bona receptitia* ſolemus appellare.

Ita quidem de *bonis receptitiis iure Quiritium* habendum.]

§. IV.

Bona receptitia etiam receptitia vxori committantur, excluſo penitus marito. Sed, *quo tempore durante matrimonio* de illis rebus conueniat inter virum & vxorem, fere non refert. Cum enim ipſæ etiam dotes & propter nuptias donationes conſtante matrimonio augeri poſſint, quod *IUSTINVS* l. 19. C. de *donat. ante nupt.* & *IUSTINIANVS* Nou. 97. c. 2. præceperunt; diſputatione non indiget, etiam de reliquis

^{s)} *GELL.* l. 17. c. 6.

^{t)} *Ibid.* l. c. circa finem.

^{u)} *SCHILT.* in not. ad

Wehneri obſeru. v. Minshandgutere, p. 10. b. & 11. a.

quis bonis coniuges post nuptias efficaciter pacisci. IAVOLENVS enim l. 1. pr. D. de pact. dotal. itemque PAVLLVS l. 12. §. 1. D. eod. & SCÆVOLÆ l. 29. pr. D. eod. conjugibus post nuptias pacisci, quamuis antea nihil conuenerit, permittunt. Vnum enim illud coniuges cauebunt, ne vel causa dotis fiat deterior, vel simplex donatio conuentione illa occultetur.

Igitur inter consentientes etiam post nuptias ius receptitiorum enascetur, quamuis uxori suadeat BERGERVS x) ut re potius integra, id est, ante contracta sponsalia, in ipsis tractatibus, recipiat partem aliquam bonorum. Sed illud quidem consilium magis ad uxorem Saxoniam videtur pertinere, quod deinceps apparebit. Imo vero, si quis dixerit, iure Romano, uxorem, inuito etiam marito, post nuptias repetere posse rerum suarum custodiam, ut illas, tanquam receptitias postea possideat, quamuis antea marito illas commiserit; non multum oblectabor. Enimuero VLPIANVS l. 9. §. 3. D. de iure dotium testatur, maritum, cui vxor rerum suarum custodiam tradiderit. Mandati aut depositi teneri. Sed constat, mandatum & depositum, re integra, quodocunque posse reuocari, quod VLPIANVS atque PAVLLVS l. 12. §. 16. & l. 15. D. mandat. itemque l. 1. §. 45. D. deposit. docuerunt. Cum igitur illud negotium, quo vxor marito rerum suarum custodiam permittit, depositi, aut si administrationem etiam ipsi concedit, mandati naturam habeat, nihil omnino obstabit, quo minus illud vxor, iure Quiritium, inuito etiam marito possit reuocare.

Vtrum vero vxor post nuptias, si quas res, liberalitate fortunæ inprimis, nouiter acquirit, illas tanquam receptitias possit retinere & maritum ab illis excludere, a quibusdam dubitatur. Sed nihil habet illa res difficultatis. Enimuero, si ex legibus Romanorum disputes, erit penes uxorem, quid iuris ipso marito velit permittere in bonis nouiter quæsitis. Generaliter enim imperatores l. 8. C. de pact. conuent. præceperunt, ne uxori prohibente maritus se immisceat in paraphernis. Igitur vxor prohibere poterit maritum, maxime si res nondum intulit in mariti domum, illasque nondum eius custodiæ permisit. Abscisse VLPIANVS l. 9. §. 3. D. de iure dotium, ex uxoris voluntate rem æstimandam, esse, ait, & quid ab illa actum sit & quo animo res intulerit, respiciendum. Priusquam igitur res fuerint illatæ, potest sibi illarum rerum custodiam seruare, ut tanquam receptitiæ potius in uxoris, quam in mariti, potestate sint. Neque habebit facile maritus, de quo conqueratur; cum nihil ipsi iuris competat, in rebus uxoris ipsi non commissis. Itaque, quæcunque ab uxore non illata sunt in mariti domum, bona propria uxoris videbuntur, aut si illas intulerit, sed cum marito pacta fuerit, ut suæ custodiæ, excluso penitus marito, referuentur, ipsumue prohibuerit ab illarum usu, recte etiam post nuptias bona receptitia constituentur.

Ex

x) de BERG. æc. iur. I. 3. 10.

Ex his, quæ dicta sunt apparet, *iure Romano* totum hoc negotium *uxoris voluntate* inprimis regi atque contineri, & maritum *cogi* posse, ut consentiat *uxori*, quæ rerum suarum custodiam velit *recipere*, & maritum prohibere, ne se immisceat in paraphernis.

§. V.

*Iure Saxoni-
co uxor ma-
ritum inui-
tum non po-
test exclude-
re a para-
phernis.*

Sed Saxonica uxores quidem arctiori maritorum potestate coercentur. Dum enim thorum conscendunt, *curam omnium bonorum* suorum, cum fructibus illorum, confestim maritis committere, itemque *mobilia* post mortem illis relinquere, tenentur, nihil illorum interuvertere, nihil ad alios transferre possunt. Luculenter enim *veteres*: Stirbt aber das Weib, bey des Mannes Leben, sie erbet keine fahrende Habe, denn allein Gerade und Eigen, als sie das hat, an ihren Nehesten: kein Weib mag auch ihres Guts nichts vergeben, ohne ihres Mannes Willen, daß er durch Recht leyden dürffe. Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in sein Gewehr, und alles ihr Gut, zu rechter Vormundschaft I. Land-R. 31. Neque quisquam facile dubitet, quin *omnium bonorum* appellatione, etiam *futura*, & quæ nouiter *uxori* obueniunt, contineantur. Igitur nisi *uxor* ab initio, antequam accederet ad mariti thorum, *exceperit* bonorum quandam partem, *de bonis receptitiis* deinde, *marito oblucente*, frustra cogitabit. Nihil enim postea in rebus suis habebit iuris atque facultatis. Neque *voluntate sua inter viuos* neque *mortis causa* marito ius per legem ipsi attributum extorquebit. Luculenter enim IUSTINIANVS Nou. 22. c. 33. ne lucra, quæ ex lege data sunt, cuiquam a priuatis vlllo modo auferantur, interdixit. Adhuc clarius in *Saxonica electoratu* res constitutione principis est definita: Wie denn auch hinwiederum dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige was dem überlebenden Ehe-Manne aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letztem Willen zu vermindern, 2c. P. III. Const. VII. Igitur inter Saxones *bona receptitia*, post nuptias, ab *uxore*, non nisi *bona mariti* cum venia, constituuntur: sed, ne ipso consentiente quidem, si speciem illicitæ donationis contineat concessio receptitiorum. Itaque ex iusta causa, veluti, ut se ipsam *uxor* alat, aut ut liberos commodius educet, aut ut se dignius exhibere possit, & quæ sunt aliæ eiusmodi commoditates, recte a marito, etiam in *Saxonia*, constante matrimonio, *bona receptitia* *uxori* concedentur. Ceterum, ipso inuito, nihil agitur post nuptias contra-ctas. Ita certe nuper *ICtis Vitembergensib.* visum est, qui in hanc fere sententiam mense Maio huius anni responderunt: Obwohl denenienigen, welchen vermöge derer beschriebenen und anderer Rechte, gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum, vermittelst des letzten Willens eines andern, dessen Erbschaft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung nicht entzogen werden mag,

Nou.

Nou. 22. c. 33. in fine,
Solches auch besonders unter Eheleuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehegatte dem überlebenden, die nach den Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall, zu verkürzen nicht befugt,

Gail. 2. obs. 86. & 87.

Hartm. Pistor. q. 31. n. 7. lib. I.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Überdies in der Ehursl. Sächsfl. Constit. VII. P. III. daß dem Ehe-Weibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehe-Manne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich enthalten, demnach des Ehe-Manns statutarische Portion dießfalls auch durch ein Fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächt oder beschweret werden mag,

Carpz. P. III. Const. VII. def. 2.

Hiernächst die Güter eines Ehe-Weibes ordentlicher Weise pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas bonorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe-Pacta vorhanden, daran es in gegenwärtigem Falle ermangelt, nach Sachsen-Rechte nicht vermutet wird, und bey solcher Bewandniß, daß Beklagtin Klägern die Administration und den Nießbrauch der Erb-Portion, so ihr von ihrem Vater zugewendet worden, allerdings überlassen müsse, es das Ansehen gewinnt.

§. VI.

Sola igitur vxor nihil immutabit, in Saxonia, circa parapherna, nihil marito subtrahet suarum rerum, quas non ab initio recepit. Sed interdum Deus ex machina rem perturbatam restituit, & miseratione attingitur uxoriae illius seruitutis. Neque enim dubito, quin ex honesta liberalitate aliorum vxor, etiam constante matrimonio, bona receptitia, quamuis marito obloquente, efficaciter adquirat. Enimuero generaliter quilibet beneficio a se profecto, quaecunque voluerit, legem dicit, quam mariti inuidia & cupiditas euertere non potest. Ipsi etiam parenti, cuius tamen potestas sanctior est, & naturæ conuenientior, quam durum illud imperium maritorum in vxores, ipsi inquam parenti, tum a matre & auia, tum, quod expresse addit imperator, etiam ab extraneis personis, ususfructus rerum, quæ ab ipsis profecta sunt, adimitur subinde; quamuis iure patrio usumfructum bonorum, quæ ab aliis ad liberos peruenerunt, vindicare posset, nisi hæc conditio donationi adiecta esset. Nou. 117. c. 1. Neque vero poterit ratio satis idonea adferri, cur non idem illud, quod contra ius patris matri & extraneo permissum, locum non inueniat aduersus ius mariti.

Enimuero, subtiliter in illa specie, quam sub initium dissertationis enarrauimus, philosophabatur maritus, cui ususfructus bonorum vxoriorum a focero profectorum, præter legitimam, testamento fuerat ademptus. Nimirum ius illud, quod aduersus parentem obtinet, vt illi aliquando efficaciter ususfructus adimatur, aiebat, discedere a *iuris forma*: ipsum peculium illud filii, a cuius usufructu pater fuerit exclusus, *extraordinarium & irregulare* appellari: hinc totum illud argumentum *strictè* accipiendum, & proferri aduersus maritum non debere; alias esse rationes *parentis ac mariti*: ius publicum voluntate priuatorum non perueri: maritum a *IUSTINIANO* in nou. 117. c. 1. non nominatum esse: legem *Saxonicanam omnia vxoris bona*, quæ non pactis dotalibus excepta sint. marito committere: nulla vxoris, inuito marito, esse *bona receptitia*: vxorem heredem a parente scriptam, hinc usufructum ipso iure pertinere ad maritum: sibi ius quæsitum adimi non posse contendebat. Sed profecto ille oppido deceptus est, dum negat in hac causa duci posse argumentum a parente ad maritum. Primo enim, quod supra obseruatum est, omnino sanctior videtur potestas parentis, quam mariti: vt appareat, quod *contra ius parentis* obtinet, multo magis obtinere contra ius mariti. Solemus certe hanc interpretationem etiam *in odiosis* sequi, vt, quod ille, qui *plus* potest, nequit impedire, multo magis ille, cuius est *infirmior potestas*, admittere cogatur. Itaque, cum patri possit ususfructus adimi bonorum, quæ, vltra legitimam, ad liberos peruenerunt, multo magis ille marito a testatore aut donatore, qui hanc specialiter conditionem addidit, omnino adimetur. Deinde, quod præcipue me mouet, nego, hoc ius *singulare* esse, quod pater excludi possit ab usufructu bonorum, quæ liberis *non necessario* debentur. Ipsa enim *vox naturæ* atque *æquitatis* iubet, vt tum pater tum maritus admittere cogantur conditionem illam, qua ab usufructu liberalitatis, in liberos vel vxores ab aliis collatæ excluduntur. Quid enim efficeretur, si dissentirent parentes & mariti. *Noceret* liberis aut vxoribus dissensus ille, sed patri & marito *non prodesset*. Ipsi profecto liberi & vxores liberalitatem aliorum, cui hæc lex adiecta est, vt patri aut marito ususfructus adimatur, ne acquirere quidem possent, nisi conditioni adiectæ ante omnia obtemperarent; quæ nisi fuerit impleta, necesse esset, plane nihil ad liberos & vxorem peruenire. Aut, si *pro non adiecta* haberetur illa conditio; certe testatores atque donatores, cum intelligerent suam prohibitionem non attendi, interdum ipsos potius liberos excluderent suo beneficio, quam permetterent, vt ususfructus *ipsis inuitis*, parenti aut marito concedatur. Itaque, si faueremus parentum atque maritorum inuidiæ, qui conditionem admittere tergiversarentur, nec ipsi quidquam lucrari possent, nec a liberis & vxore aliquid acquiri, sed *totum negotium infirmaretur*. At vero *natura* non permittit, vt quisquam aliquid, *quod alii noceat & sibi non pro-*

profit, moliatur. Ideoque merito coguntur, usufructu suo cedere potius parentes & mariti, ne & liberi atque vxores beneficiis aliorum simul exuantur, & ipsi parentes & mariti spem usufructus & omnis commodi amittant: quam necessario amitterent, si sua pertinacia possent efficere, vt totum illud liberale negotium peruerteretur. Ex quibus rebus apparet, iustissimam IUSTINIANI legem non solum *ad parentes* pertinere, sed multo magis *ad maritos*. Neque vero nos mouebat, quod illa conditio *in fraudem* mariti duntaxat adiecta esse videretur, cum parens filiae quidem hereditatem vniuersam, sed bona præter legitimam, sub hac lege, vt marito adimeretur usufructus, reliquisset. Enimuero nulla potest *fraus fieri* marito in bonis, in quibus nec ipsi, nec vxori, antea omnino fuit ius *quæsitum*, & quæ tuto vtrique illorum *adimi* omnino potuissent. Igitur placuit, *repellendum esse actorem*, qui testamentum focerit, quo usufructus bonorum ab illo profectorum, præter legitimam, marito ademptus erat, impugnabat. Dicta enim est sententia in hunc fere modum: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, sondern es ist derselbe mit dem Nießbrauch des Pflicht-Theils, so Beklagten Principalin aus der väterlichen Verlassenschaft erhalten, sich zu begnügen, so wohl die verursachten Unkosten, Beklagten und Mitbeklagten zu erstatten schuldig B. N. B.

Res erit apertior, si responsi huius rationes adscribemus:

Obwohl denjenigen, welchen vermöge derer beschriebenen und andern Rechte gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum vermittelst des letzten Willens eines andern, dessen Erbschaft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung, nicht entzogen werden mag,

Nou. 22. c. 33. in fine.

Solches auch besonders unter Ehe-Leuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehe-Gatte dem Überlebenden die nach denen Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall zu verkürzen nicht befugt,

Gail. 2. obseru. 86. & 87. n. 1.

Hartm. Pistor. qu. 31. n. 7. lib. 1.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Überdieß in der Churfürstl. Sächs. Const. VII. P. II. daß dem Eheweibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich verordnet, demnach des Ehemanns statutarische Portion dießfalls auch durch ein fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächet oder beschweret werden mag,

Carpz. P. II. constit. VII. def. 2.

ausserdem der Mutter und Groß-Mutter

Nou. 117. c. 1.

Zwar nachgelassen, den Nießbrauch von dem Vermögen, so sie ihren descendenten über das Pflicht-Theil zu wenden, denen Vätern dererselben zu entziehen, gleichwohl dergleichen außerordentliche Disposition der Rechte sonst strikte anzunehmen, und auf andere Fälle, absonderlich auf den Nießbrauch des Ehemanns nicht erstreckt werden zu können scheint, hiernächst die Güter eines Ehe-Weibs, ordentlicherweise, nach Sachsen-Rechte pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas bonorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe-Pacta vorhanden, daran es in gegenwärtigen Falle ermangelt, nicht vermuthet wird, und bey solcher Bewandniß, daß Beklagtin Klägern die administration und den Nießbrauch der Erb-Portion, so ihr von ihren Vater zugefallen, allerdings überlassen müsse, sowohl das angezogene Testament und die darinne enthaltene fideicommissarische Verordnung, vermöge deren Kläger nach der Beklagtin und ihrer Kinder Tode, von der ihm sonst gebührenden succession in gewisser Maasse ausgeschlossen worden, in so weit zu Recht nicht bestehen möge, es das Ansehen gewinnt, D. a. d. denen Eltern nach Abzug des Pflicht-Theils über ihr Vermögen die freye Disposition allerdings zustehet.

L. 6. C. de inoff. testam.

Demnach dieselben ihre übrigen Güter entweder Fremden, oder auch denen Kindern, nach ihren Gefallen, allenfalls mit Bedingung und gewisser Vorschrift, wie sie solches gebrauchen sollen, zuzuwenden, und dieselben mit fideicommissis zu beschwehren, wohl befugt, hiernächst in erwehnter Nou. 117. c. 1. dasjenige was der Mutter und Groß-Mutter gestattet, auch andern Personen ausdrücklich nachgelassen worden, überdieß, zumahl nach denen Römischen Rechten, die Väterliche Gewalt denen Gerechtsamen der Ehe-Männer ohnstreitig vorzuziehen, mithin da ein Testator auch so gar dem Vater seines Erbens den Nießbrauch seiner Verlassenschaft entziehen kan, solches die Ehe-Männer sich noch vielmehr gefallen lassen müssen, in mehrerer Erwägung weder die Kinder noch ihre Ehe-Männer bey Lebzeiten der Eltern und Schwieger-Eltern ein Recht an dererselben Vermögen behaupten mögen,

L. 1. D. de hered. vel act. vendit.

Carpz. P. II. const. 13. def. 36. n. 2.

Sondern den Todes-Fall zu erwarten, und derer Eltern Disposition, außer dem Pflicht-Theile, nachzugehen schuldig,

L. 25. & 26. C. fam. hercisc.

Da

Dahero Kläger, daß ihm ein ius quæsitum entzogen worden, nicht verwenden kan, vielmehr dessen Suchen wiederrechtlich, mithin derselbe auch der Erstattung der Unkosten sich nicht entbrechen mag,

So ist, wie im Urtheil enthalten von Uns billig erkannt.

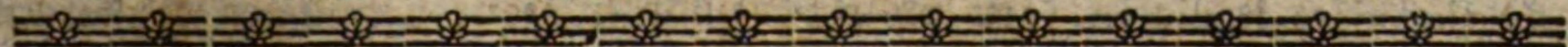
COROLLARIUM.

Cum hæc iam scripta essent, *præsidi* alia species obuenit, quæ non multum ab illa abhorret, quam in dissertatione excussimus. Nimirum *matri*, ex statutis loci cuiusdam, *ususfructus* bonorum, quæ ad liberos perueniant, usque ad ætatem illorum maiorem, competebat. Sed *pater* in testamento præceperat, ut bona a tutoribus, matre ab usufructu penitus exclusa, administrarentur. Mater ius ex statuto quæsitum inuocabat. Sed placuit, subsistere parentis voluntatem, quoad bona illa, quæ, *ultra legitimam*, filio reliquerat. Ita enim Icti Vitembergenses responderunt, & has rationes adiecerunt:

Diemeilen aber, wenn auch der Klägerin der Nießbrauch, denen Statuten nach, gegönnet wird, dennoch ein jeder Testator, den Vsumfructum so gar dem leiblichen Vater seines Erben, welchem derselbe sonst schlechterdings gebühret, ausser dem Pflichttheil, zu entziehen wohl befugt,

Nou. 117. c. 1.

folglich Klägerin mit der vorbehaltenen Succession, so viel das Pflichttheil betrifft, sich zu begnügen hat &c.



XXXI.

OBSERVATIONES
DE

PROBATIONE SANAE MENTIS.

AD L. XXVII. D. DE CONDIT. INSTITVT.

VITEMBERGAE, AD D. IV. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*N*on solum flere, sed ægrotare etiam, imo desipere & insanire, si *Dulcis* inter quosdam audias, interdum *dulce* est, & cum voluptate aliqua coniunctum. *dum* est in-
Ridemus mulierculas, quæ, quod *comicus* ait, *febrim in potestate habent: sania.*

quandocunque visum est, ægrotant, erubescunt, *pallent*, *valent*: & non solum *utilitatis*, ubi res postulat, sed *voluptatis* etiam & *ostentationis* causa, cum in mentem venit, capite, vtero, pedibus, toto corpore laborant atque infirmantur. Sed hæc inter alias ineptias ferri posset in *mulierculis* insania. Illud vero durius, quod aliquando *viris*. a)

INSANIRE LIBET

& sapientes interdum, si *venusinum* audiamus b)

Miscet stultitiam consiliis breuem:

Dulce est desipere in loco.

Certe poeta aliquando, ut res commodius succedat, quasi bene meriturus, dat operam, & *totum populum* conuocat ut illum *doceat* secundum regulas artis *insanire*. c) Imo vero ANACREON noster d)

Θέλει θέλει μανῆναι.

Cupit, gestit, *insanire* & *furere* & *quiescere* non potest, donec animo concipiat *furorem*. Facile credideris, illum *furere* & *insanire*, qui desiderat & optat, ut *furore* quodam perturbetur. Sed quibusdam aut *utilitas* & *pudor* hoc suffugium, aut *necessitas* hoc telum præbet, ut vel *furoris* & *insaniæ* obtentu scelus a se commissum purgent & diluant, aut, quæ recte constituta sunt, illo titulo infirmare studeant, atque impugnent, quasi ab *insanis* & *dementibus* profecta. Illa nimirum sola excusatione OVIDIUS NASO utebatur, cum puellam verberasset: e)

Nam furor in dominam temeraria trachia mouit,

Flet mea vesana læsa puella manu.

Nullum etiam hodie in foris nostris facinorosi atque nebulones caussarum defensoribus paratius telum subministrant, quo scindant nodum gordium, atque ex laqueis, in quos inciderunt, ipsos expediant, quam *miserationem furoris*, quem simulant, & veniam mereri arbitrantur. Ipsi principes, TEODOSIVS, ARCADIUS & HONORIUS l. vn. C. *si quis imperat. maledix.* obtrectiones improborum hominum & maledicta, quibus *principis* nomen lacessatur, ideo contemnenda esse censuerunt, quia, si ab *insania*, quod plerumque fit, profecta sint, *miseratione* dignissima esse videantur. Igitur pauci peccant hodie, qui non titulo *furoris* & *insaniæ* utantur, quam suæ nequitiae prætexant. Iam olim *diuos fratres*, si VLPIANVM audiamus l. 13. §. 1. D. d. *offic. præsid.* illud exercuit, quod plerique *simulato furore* facinus excusent. Ideoque *excutiendum* esse putauerunt, in persona eius, qui parricidium admiserat, *utrum simulato furore* scelus admisisset, an

a) VIRGIL. eclog. 3. v. 36.

HORAT. III. od. 19. v. 18.

b) HORAT. IV.

od. 12. v. 27.

c) Ibid. II. sem. 3. v. 63.

d) ANACREON. od. 28.

e) OVID. am. eleg. 7. v. 3.

an vero reuera *non compos mentis* fuisse videatur: vt, si simulasset, plecteretur, sin *fureret*, in carcere detineretur.

Sed nulla magis perplexa est disputatio in foro, quam cum de *furore* cognoscendum. Plerumque ad *medicorum* oracula confugiunt illi, qui malint insanire, quam sibi conscii omnino sui facinoris haberi. Et facile inueniunt, qui testes sint *furoris*, atque homini sano furias iniiciant. Recor- datur præses, cum, ante quatuordecim abhinc annos, causas Lipsiæ peroraret, & reum, qui parenti suo manus intulerat, defenderet, in foro, facillime sibi successisse, vt parricida mentis compos & recte animatus pro *furioso* haberetur. Enimuero *medicum* quendam adducebat ad inquisitum, qui de hominis *furore* testaretur. Ostendebat ipsi reum, capillis prolixis crispisque horridum, squalore carceris confectum, insigniter sordidum, & toto habitu corporis iniucundum, quales esse solent, qui diu in vinculis hæserunt. Confestim medicus spem iniiciebat, fore, vt res eueniret ex voto: se ex ipso vultu, quod ille homo insaniat & furiis quibusdam agitetur, colligere, ostendebat. Accedebant testes duo, qui se audiuisse affirmabant, hunc hominem noctu quondam e lecto surrexisse cum *tumultu*, & inquilinos, qui infra ipsum habitabant, expergefatos, tota illa nocte obdormiscere non potuisse. Tunc vero plaudebat medicus defensori, & rem confectam esse, liberandum esse hunc reum supplicio, & penitus *insanum* esse, clamitabat, quia e lecto exsiluisset cum *tumultu*. Res etiam non caruit euentu. Reus enim facile absoluebatur. Sed postea apparuit, hunc hominem nihil vitii aut *furo- ris* contraxisse. Pater enim indicabat: filium aliquando matulam subuertisse, cum e lecto surgeret, illaque re expergefatos inquilinos. Sed profecto sapiebat reus, & patrem falsum esse, medicum rectius sentire, se omnino *fu- rere* & *insanum* esse, affirmabat: haud multo secus: ac Menæchmus ille apud PLAVTVM, f) qui quid mihi melius est, inquit, „quam, quando „illi me insanire, prædicant, ego me *insimulo* insanire, vt illos a me absterre- „am., Enimuero reus ille, de quo antea monui, impetrabat a iudice, vt magis faueret sententiæ, quæ ipsum absoluebat, & hominem sanum atque integrum *insanire* affirmaret.

Tam varie & sapienter interdum homines *sani* de *furore* constituunt.

§. II.

Sed hi quidem, de quibus adhuc disputauimus, cum *voluptate*, atque *Furoris cri-* aliquando *utiliter*, insaniunt. Illud vero acerbius, homini *sano* interdum *minatio in-* obici furias *inuito*, & *dementem insanumque fingi*, ab illis, qui ipsius inte- *uitis obiecta.* gri & intelligentis fidem & consilia sibi periculosa esse arbitrantur. Id qui- dem fere Menechmo cuidam accidebat apud PLAVTVM, g) in quem serui

&

f) PLAVT. in Menæchm. act. 5. sc. 2. v. 78.

g) Ibid. Menæchm. act. 5. sc. 7.

& lorarii immittebantur, ut raperent sublimem, & sanum integrumque, obtestantem Deum atque hominum fidem, toto iugere ellebori occidendum, ad medicos deferrent. Illa Tyndari erat nequitia, qui, ne ab Aristophante proderetur manifesto indicio, illum *furiosum* esse comminifcebatur. ^{h)} Ita enim illi:

Hic homo rabiosus habitus est in Alide.

Ne tu, quid iste fabuletur, aures immittas tuas.

Nam istic hastis infectatus est domi matrem & patrem,

Et illic isti, qui sputatur, morbus interdum venit,

Proin tu ab isto procul recedas.

Eadem fabula sæpius agitur in foro, imprimis si de fide *testium*, aut *testatorum* voluntate infirmenda, disceptatur. Ipsi *ICti*, quod MARCIANVS ait, l. 2. D. d. *inoff. test.* hoc colore testamentum, quod non ex officio pietatis factum est, impugnant, quasi *non sanæ mentis* fuerit, qui testamentum ordinasset. CHRISTIANVS THOMASIVS, ⁱ⁾ cuius cuidam ingenuo & probo, sed qui popinas & coetus hominum strepitumque fugeret, ad suggestionem improbi rabulæ, datum esse narrata prætoris Lipsiensis curatorem quasi *mente capto*; sed hunc eidem mox ademptum, cum ostenderetur, illum aliquando apte & ingeniose talis, atque chartis gallicis lusisse.

Tam facile interdum homines vel furere vel resipiscere creduntur. Sed *de viuis* quidem, quos obseruare & tentare aliquando, quorum ingenio, quod poeta ait, lene tormentum adhibere, e quibus salem per ambages elicere possumus & clanculum subinde expiscari, facilius iudicium ferimus. Plus videtur difficultatis res habere, si de *mortuorum* ingenio & *sana mente* dubitatur, imprimis, si de spe hereditatis, & vltima defuncti voluntate, controuersia in foro exercetur. De mortuis enim silent medici plerumque, cum venas tentare nequeant, e quibus multi alias vaticinantur, nec spem ellebori insumendi habeant, aut lucri & vtilitatis aucupandæ. Neque vero *ICti* veteres omnino satis sibi constant in hoc argumento. Sæpe enim *manifestæ insanie* veniam dederunt, ut subsistat vltima voluntas: aliquando *leuiori suspitione* adducti sunt, ut de *sana mente* testatoris dubitarent. Eo imprimis pertinet, quod MODESTINVS l. 27. D. d. *condit. instit.* verius est, ne *compos mentis* non fuerit testator, qui, *sepulturam auersatus*, heredi *ut reliquias suas in mare abiiciat*, præcepit. Operæ prætium videtur, ut de illa suspitione curiosius tradamus.

§. III.

Nimirum ineptiis & subtilitate *Stoicorum* imprimis effectum est, ut de natura fororis & insanie, imo vero de ipsa voce & appellatione vitii vtrius-

ICti insaniam furorem dementiam promiscue appellant.

^{h)} PLAUT. captiu. act. 3. sc. 4. v. 15.
dementiae. §. XXXIX.

ⁱ⁾ THOMAS! de præsumt. furoris &

utriusque inter *sapientes* non satis conueniret. Enimuero acute TULLIUS, ^{k)} ex *stoicorum* disciplina, omnes *insipientes* etiam *insanos* esse, dixit, & mentem vacuum constantia & tranquillitate, *insaniam*, contra *furorem*, mentis ad omnia *cæcitatem*, porro *amentiam* itemque *dementiam*, affectionem mentis, *lumine carentem*, appellauit: ideoque non omnem *insanum*, *furiosum* esse, sed ex *decemuiro*rum præceptis, *furiosos* duntaxat, non omnes *insanos*: desinere dominos esse rerum suarum, obseruauit. Quod adduxit RÆVARDVM, ^{l)} ut *insaniam* genus omnium ineptiarum, *furorem* contra, speciem aliquam insanix & mentis alienationem ac tenebras esse, arbitretur. Sed nihil obscurius & tenebriosius est illis verbis, quibus *furorem* mentis *cæcitatem* & tenebras appellant. Neque enim definiunt, quæ sit illa *cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* seiungat.

Non multo luculentius POMPEIUS FESTVS ^{m)} *furiosos* esse, ait, qui parum sint animati, & suæ mentis non sint, & quos *piari* conueniat, ut per bona quædam verba illo incommodo confestim liberentur. Constat enim ex PLAVTO ⁿ⁾ *furiosos* porcis sacris & precationibus quibusdam expiatis. In eundem fere modum PAPINIANVS l. 39. D. de iud. *furiosum* illi qui suæ mentis est, opponit: ut appareat, etiam *ICtis furiosum* dici, qui non suæ mentis sit, sed a se ipso alienus.

In tanta obscuritate inualuit, ut, quamuis *stoici* subtiliter distinguarent, tamen *insani*, *dementes*, *furiosi* promiscue appellarentur. Certe *furiosi* & *dementes* nunquam fere seiunguntur. Ita VLPIANVS l. 13. §. 1. D. de offic. præf. inspiciendum esse, ait, utrum quis *simulatio furore* facinus admiserit, an reuera non compos mentis, id est, *demens* esse videatur. Imo aperte PROCVLVS l. 48. §. 1. D. de leg. 2. curatorem *dementis* appellauit illum, qui constitutus est a iudice, ut defendat *furiosum*: ex quo loco intelligitur, nihil inter *furiosum* & *dementem* discriminis admitti. Idem & DIOCLETIANO & MAXIMIANO l. 5. C. de condic. itemque IUSTINIANO §. 2. l. q. test. tutor. dar. poss. placuit, ut *furiosos* esse videatur, quem non *compotem* suæ mentis, id est, *dementem* esse, fuerit probatum. Eosdem igitur *dementes* & non *compotes* mentis dicimus, qui *furiosi* appellantur: sed utrique subinde etiam *insani* dicti sunt: ut nihil intersit inter *dementem*, *furiosum* & *insanum*. Certe MARCIANVS l. 2. D. de inoff. test. illum *furiosum* & *dementem* esse ait, qui non *sanæ mentis*, id est, *insanus* fuerit, cum testaretur. Et VLPIANVS l. 4. §. 1. D. de aedil. edict. describit *furiosum*, qui loquatur deridenda, per vicos, more *insanorum*. Item CATVLLVS aliquando, ^{o)} cum puellæ illepidæ & ineleganti, & nasum turpiculum habenti, ira-

k) CIC. Tusc. quæst. III. p. m. 209. & 210.

l) RÆVARD. coniect. III. c. 18.

m) FESTVS de verb. sign. v. *Piari*.

n) PLAVTVS, Menachm. act. 2. sc. 2.

o) CATVLL. Carm. 38.

irascere, & suaderet, *curatorem* quasi *furiosæ* dari, quia decem millia osculorum poposcerat, puellam *non sanam* appellavit, quam furiosam aut dementem dicere noluit:

*Tota millia me decem poposcit,
Ista turpiculo puella naso,
Decoctoris amica Formiani.
Propinqui, quibus est puella curæ,
Amicos medicosque conuocate.
Non est sana puella.*

Item *TVLLIVS* p) *Verrem* suum, ait, *insanire* & *furere*, nullo discrimine viriusque vocis: ut intelligatur, eosdem & *dementes*, & *furiosos*, & *insanos* appellatos esse. Illud tamen attinet monere, *veterem grammaticum*, q) *MARIUM SERVIVM HONORATVM*, *furiatos* omnino seiungere a *furiosis*: ut *furiosi* sint, a quibus nunquam penitus recedat furor, *furiati*, qui interdum ex causa furiis quibusdam agitentur.

§. IV.

Furor cum morbo corporis coniunctus est & a simplicitate distinguitur. Frustra igitur *stoici*, & *TVLLIVS* aliquando, ex illorum disciplina, *insaniam* a *furore* seiunxerunt: postquam a *ICTis* aliisque *insani* atque *furiosi* eodem nomine coeperunt appellari. Nimirum, cum intelligi non posset, quæ sit illa *mentis cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* discernat; non solum *vocabula*, sed ipsa etiam vitia inter se permixta sunt: ut, quæ magis ad *generalem* illam *insaniam* & *perturbationem mentis*, ex usu *stoicorum*, pertinent, *furoris* nota aliquando comprehenderentur.

Illud tamen studiosius a *ICTis* observatum est, ut non omnem *simplicitatem* ingenii erroremque mentis perturbatæ, sed illum duntaxat, qui *cum morbo* quodam *corporis coniunctus* sit, & a causa quadam pendeat, quæ ipsam *facultatem cogitandi* impediatur, atque infirmet, *furorem* appellarent. Igitur *PAVLLVS* quidem l. 5. & l. 125. D. de *reg. iur.* itemque l. 9. D. de *acquir. vel omitt. hered.* *furiosum absentibus* & *pupillis* comparavit, sed agnovit tamen discrimen inter *pupillos* atque *furiosum*, illisque & contrahere negotia & hereditatem cum tutoris auctoritate acquirere permisit, quod *furiosis* non concessit; quamvis non magis *pupillus* scire & discernere de rebus possit, quam *demens* atque *furiosus*. Ex quo loco intelligitur, non omnem illum, qui non *sapit*, atque, ut cum *stoicis* loquar, *generaliter insanit*, quod etiam in *pupillum* cadere nemo dubitat, videri *furiosum*, sed illum duntaxat, qui propter sanguinis & vitæ huius machinæ vitium in cogitando ita perturbatur, ut ne possit quidem *naturaliter* vires mentis intendere, & de illis, quæ sensu percepta sunt, cum fructu & successu iudicare. Quæ facultas cum non desit *pupillo*, quamvis tenera sit & fragilitate ætatis infirme.

p) *CIC.* in *Verr. orat.* VI.
Gothofredi p. 1366.

q) *SERVIVS* in v. *furiosus* in collectione *Dionysii*

metur, sed crescat tamen quotidie, & perueniat ad maturitatem; non inepte, inter *furiosum* & *pupillum*, constitutum est discrimen. Eleganter VIVIANVS apud VLPIANVM l. 1. §. 9. & 10. & l. 4. D. de *ædil. ed.* vbi de *dementia* & *furore*, propter quem seruus redhiberi possit, disputat, non omne, ait, *vitium animi* officere, vt quis *minus sanus* dici possit; alioquin futurum, vt in *infinito* multos sanos esse negaremus, vt puta, leuem, superstitiosum, iracundum, contumaces, quos omnes stoici *insanos* appellarunt: sed tunc seruus demum videri *furiosum* & dementem & *insanum*, cum *vitium corporis usque ad animum perueniat*, illumque vitiet, vt accidit in *φρενιτικῶ*, id est, *mente capto*, quia id e *febris* solet euenire. Imo vero generaliter VLPIANVS l. 1. & 4. D. de *ædil. ed.* si quis permaneat in quodam vitio animi, vt puta, si semper circa fana bacchari soleat, & *quasi demens* responsa dare, tunc certe, si non redhibitoriam, quæ propter morbum aut vitium corporis competit, certe ex emto dari actionem: forte, quia suspicio sit, illud vitium mentis, quod immotum maneat, & corrigi non possit, quamuis non sit manifestus furor, tamen a vitio corporis omnino proficisci, & furori proximum haberi: vt certe seruus inutilis futurus videatur.

Abscisse etiam PAVLLVS l. 17. D. *qui test. fac. poss.* dum tractat de *furore*, qui impedimento sit, ne voluntas vltima subsistat, hunc demum, qui in *aduersa corporis valetudine* mente captus fuerit, illo tempore, ait, testamentum facere non posse. Neque multo secus LABEO l. 2. D. *qui test. fac. poss.* non quidem sanitatem corporis desiderat in illo, qui testamentum facit, sed eam tamen confirmationem virium, quæ non prohibeat, quo minus *mentis integritas* constet testatori: vt vix sit locus dubitationi, quin ICti *furorem* fere ex *corporis vitio* & imbecillitate enasci, arbitrati sint.

Igitur male VALERIUS MAXIMVS ^{r)} accusat centumuiros, qui *Tuditani* tabulas ratas esse voluerunt, quamuis homo esset *notæ insanæ*, vt-pote qui populo nummos sparserit, togamque velut tragicam vestem trahens in foro cum maximo hominum risu conspectus sit, & multa his consentanea fecerit, quæ deridenda viderentur. Male, inquam, ille accusat centumuiros, quasi testamentum *furiosi* probauissent. Enimuero ICti insaniam non ex omnibus ineptiis, & simplicitate quauis, quæ risum conspicientibus mouere possit, sed ex corruptione animi, quæ ipsam facultatem cogitandi impediat, & a corporis vitio aut morbo ad animum deriuata sit, *furorem* metiuntur: cuius rei indicium in *Tuditano* nullum apparebat.

Non magis commode idem ille VALERIUS Aebuciæ, quæ L Menenii Agrippæ vxor fuerat, testamentum criminatur, & *plenas furoris* tabulas appellat, quia ex duabus simillimæ probitatis filiabus vnâ duntaxat scripserit

^{r)} VAL. MAX. L. VII. c. 8. n. 1.

heredem. Hæc enim ex sententia vulgi Romani dicebantur, qui solebat omne illud, quod non ex maturo consilio profectum, aut cum cogitatione officii susceptum esse videretur, insaniam & *furorem* appellare. Ita CATVLLVS, quod supra obseruatum est, puellam turpiculam & cupidiorē, *insanam* appellauit, medicis & curatoribus tradendam. ^{s)} Neque multo aptius VARRO, ^{r)} colonum illum, qui priusquam sementem faceret, impensarum rationem non habuerit, aut salubritatem loci non inuestigauerit, mente captum, atque ad agnatos & gentiles remittendum esse, quasi insanum, arbitratur. Denique etiam liberalius HORATIUS FLACCUS ^{u)} ellebore partem maximam Staberio propinat, qui summam patrimonii sepulchro & monumento incidere iusserat, ut, quas viuus occultauerat, diuitias, mortuus viatori ostentaret. Enim vero hæc est stoicorum illa *insania*, qui simplicitatem intellectus & animi quamcunque offensionem, denique quidquid non ex consilio prudenti & constanti enatum est, *furorem* & *insaniam* dicebant.

§. V.

*Furor non
præsumitur
in ultimis
voluntatibus
inprimis &
interdum to-
leratur ma-
nifesta insa-
nia.*

Igitur *furor* & *insania* in *ICtorum* scholis *morbum* aliquem significat, cum corporis contagio facultas cogitandi ita perturbatur, ut per tempus aliquod mens *sensu communi* omnino uti, & vires suas cum successu intendere, non possit. Ex quo apparet, *furorem* in dubio non *præsumi*, sed ab alio legante luculentis indiciis *probandum* esse. Aperte enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 5. C. de *codic.* asseuerationem eius, qui, testatorem *compotem suæ mentis* fuisse neget, idonee *probandam* esse, censuerunt. Enimuero, qui mentis suæ *compotem* fuisse, *neget* testatorem, *morbo* illum laborasse, ait: &, quamuis *negare* videatur usum sanæ mentis, magis tamen *affirmat* de morbo testatoris.

Nimirum res ipsa loquitur, *morbum* generaliter, & inprimis illum, qui tantum vi sua creuerit, ut etiam ad animum peruenerit, eiusque facultatem infirmauerit, omnino *non præsumi*. Audiamus MODESTINVM l. 101. §. 2. D. de *V. S.* itemque SABINVM atque VLPIANVM l. 1. §. 7. D. de *edil. ed.* qui, *morbum*, aiunt, esse *habitum corporis contra naturam*, qui usum eius ad id deteriore faciat, cuius causa nobis natura eius corporis sanitatem dedit.

Igitur *furor*, quem *morbum* esse intelleximus, *contra naturam* irrepit, & perturbat ingenium humanum. Sed constat *naturalia* præsumi: & quæ *contra naturam* accidunt, *probanda* esse ab illo, qui affirmet, aliquid contra naturam euenisse. Illud enim PAVLLVS etiam præcipit l. 2. D. de *prob. & præsumpt.*

Ita

^{s)} CATVLL. epig. 38.
l. 2. v. 84. & 89.

^{r)} VARRO de re rust. l. 1. c. 2.

^{u)} HORAT. serm.

Itaque, nisi *probatum* fuerit, furore aliquem correptum esse, nemo in dubio censetur fuisse furiosus. Inprimis ultimarum voluntatum *fauor* effecit, ut testatorem omnino *sanum* fuisse, & testamentum, quamvis ambiguum & difficile, valere iudicemus: quod & IULIANO placuit, l. 12. D. d. reb. dub. Et si enim, teste LABEONE, & PAVLLO l. 2. & l. 17. D. qui test. fac. poss. in eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, *integritatem mentis* maxime desideramus; tamen inualuit, ut multa ignoscamus testatoribus, quæ non omnino a recto consilio profecta esse videantur.

Imo vero interdum *manifesta insania* in testatore toleratur. Quis enim dubitet, non sanæ mentis esse illum, qui, cum filiam nunquam habuerit, tamen illam non solum certo nomine appellet, sed heredem extraneum etiam sub hac conditione, si Fulvia, filia mea, viuet, quam ille nunquam habuit, instituat in testamento. Solent enim homines sani meminisse, utrum habuerint uxorem, & ex illa filiam susceperint, quæ Fulvia dicatur: nisi forte incertam sementem fecerint, inter lupos, ut dubitent, an sibi ignorantibus aliquando filia fuerit prognata. Sed SERVIVS atque ALFENVVS l. 45. D. de hered. instit. servauerunt testamentum, in quo scripserat testator: *si Fulvia filia mea viuet*, Lucius Titius heres esto; quamvis nunquam filiam habuerit testator.

Enimuero Titium heredem fore responderunt, quia id, quod impossibile in testamentis scriptum esset, nullam vim haberet, & *fauendum* esset voluntati defunctorum, ne temere infirmaretur.

Sed ut dicam, quod sentio, mihi non placet ille *fauor* ultimarum voluntatum: neque mihi satisfaciunt, qui caussantur, supremum illud, quod nunquam redituum sit, iudicium mereri, ut omnino conseruetur. Enimuero, non credo, omne illud, quod nunquam redituum est, *fauore* quodam commendari. Ineptum est plerumque, sollicitè cauere, ad quem bona nostra perueniant post mortem; cum nostra mortuorum *non intersit*, quem heredem aliquando nanciscamur. *Simplicitati* hominum hoc indulgemus, quod voluntatem ipsorum ratam esse patimur, ut diligentius bona sua custodiant & colant, amore heredum in primis, quos suo arbitrio designant. Illa vero *simplicitas* veniam quidem facile impetrat, sed tam *fauorabilis* mihi non videtur, ut illius causa voluntatem oppido ineptam, & insanix notas non obscuras luculento indicio prodentem, intempestiua benignitata conseruemus.

§. VI.

Sed, uti diximus, hoc iure utimur, ut mirifice simplicitati testatorum *Ineptiæ te- faueamus*. Ex eodem fonte deriuatur, quod *simpliciter & inepte* constituta *statorum ro-* magis *pro non scriptis* habeamus, quam ut testatorem *non fuisse sanæ men-* *lerantur sub-* *tis* suspicemur, totumque testamentum infirmemus. Luculenter enim PAPI- *inde aut* *pro non* *NIA-*

*scriptis ha-
bentur.*

NIANVS, & ex illo MARCIANVS l. 113. §. 5. D. d. leg. i. responderunt, *ineptas* voluntates defunctorum, circa sepulturam imprimis, veluti, vt vestes aut alia quædam superuacua impendantur, non valere, saluo ceteroquin iure testamenti. Idem etiam VLPIANO placuit l. 14. §. 5. D. de *relig.* vt ne facile obtemperemus voluntati, si quid homines *simpliciores* præcipiant in testamentis, quod inutile & ineptum esse videatur. Paulo explicatius SCÆVOLA l. 40. §. 2. D. de *aur. arg. mund.* rem definit, in non absimili specie, cum mulier ornamenta vniuersa Seiæ legasset, sed præcepisset, vt lineæ duæ ex margaritis, & viriolæ ex smaragdis sepulchro suo inferrentur. Responsum est: ornamenta illa sepulchro inferenda non videri: duas vero illas lineas margaritarum, & viriolas ex smaragdis, non quidem ad heredem, sed ad legatarium omnino pertinere, cui vniuersa ornamenta fuerunt legata: vt intelligatur, non totam illam orationem, cui aliquid ineptiarum fuerit adiectum, vim suam perdere & impugnari; sed detractis ineptiis: cetera valere, & legatum subsistere, ridiculis conditionibus reiectis. A qua specie non est alienum, quod VLPIANVS l. 3. §. 3. D. de *admin. & peric. tut.* in tanto fauore testamentariæ tutelæ, ne tutorem quidem *minus penso consilio* a parente constitutum, a iudice admittendum esse credat, sed ab illo recedi posse, si minus recte electus esse videatur: quamuis constet parentem in reliquis recte & ex officio testatum.

Itaque negliguntur *ineptiæ*, saluo ceteroquin iure testamenti. Neque multum abhorret *Lex Miscella*, quæ viduæ secundas nuptias permittebat contra tabulas mariti, si iuraret, se liberorum procreandorum causa iterum nubendi consilium cepisse: neque enim vxor tunc amittebat legatum, quod sub conditione ipsi relictum erat, ne ad secundas nuptias transiret. Sed iussit IUSTINIANVS nou. 22. c. 43. vxorem iterum nubentem restituere, quod sub illa conditione negatiua acceperat: egregia ex causa, ne vidua occasionem, defunctum ineptissimum maritum *contristandi*, nanciscatur. Credo enim fere, maritum vix lacrymas post obitum tenere, si audiat, viduam alii nupsisse, & conditionem a se impositam omnino neglexisse. Longe sapientius *Lex Miscella* conseruabat legatum, conditione inepta & incongrua penitus reiecta. Vix attinet monere, quod, eadem ex causa, VLPIANVS atque MARCIANVS l. 3. D. de *condit. & dem.* & l. 6. & 14. D. de *cond. instit.* præceperunt, *impossibiles* etiam, & *turpes*, & *derisorias* conditiones, vim testamenti non infringere, sed illas quidem pro *nullis & non adiectis*, ipsam vero ultimam voluntatem quasi puram & perfectam accipi, quamuis eiusmodi conditio ab homine *sano* adici vix potuisse & suspicionem deliramenti continere videatur.

§. VII.

Igitur toleramus tantisper quasdam *ineptias* testatorum & superuacua ^{Interdum} illa, quæ homines *simpliciores* præcipiunt, aut *minus penso consilio* ordi- ^{furovis sus-} nant in tabulis supremis; ut ipsa quidem plerumque pro nullis & non scri- ^{picio oritur} ptis habeamus, sed voluntatem tamen defunctorum, in quibus partibus *sanæ voluntate* est, sequamur. Non enim confestim *furorem* comminiscimur, nisi luculentiori indicio se prodat. Plures eiusmodi *ineptias*, quæ in testamentis excusantur, MARQVARDVS FREHERVS x) obseruauit. Huc pertinet, quod orationem *imperfectam* & *obscuram* benignius interpretamur; quamuis homines sani & integri plenius & intelligentius loquantur. Ita enim VLP IANVS definiuit l. 1. §. 5. 6. 7. D. de hered. instit. Sed interdum tamen ipsa orationis series ostendit testatorem animo perturbatum & morbo impeditum esse, ne recte cogitaret & constitueret in suprema voluntate. Quo casu videtur *furor artificialiter* probari. Illo in primis refero, quod *perplexam orationem*, & quæ intelligi prorsus non possit, IUL IANVS non admittit l. 16. D. de condit. instit. Illam enim institutionem: si Titius heres erit, Seius heres esto, si Seius heres erit, Titius heres esto, *inutilem* esse ait, ideoque totum testamentum infirmari. Videtur enim, quod PAVLLVS ait l. 17. D. qui test. fac. poss. testator mente captus aduersa valetudine fuisse. Occurrunt & aliæ quædam institutiones, quæ sunt indicio, testatorem *sanæ mentis* non fuisse. Certe VLP IANVS l. 9. §. 8. D. de hered. inst. auctor est, non valere institutionem, in qua heres illo nomine, *quod contumeliæ causa addi solet*, fuerit appellatus: adeoque tunc corruere tabulas supremæ voluntaris. Et credo recte sensisse VLP IANVM. Quandoquidem enim ideo dominis permittimus testari, ut iudicio suo & amore deligant heredes, quos *dignos* successores fore intellexerint; erat conueniens, non admitti institutionem cum heredis contumelia coniunctam. Sibi enim *contradicit* testator, qui heredem ex amore elegisse vult videri, & heredem tamen contumeliosius appellat. Qua contradictione non obscure furor indicatur.

Huc & merito referimus institutionem heredis cum *maledicto*: ut, vicinus meus *impiissimus* heres esto. Manifestam enim contumeliam continet. Neque MARCIANVS me perturbat qui l. 48. §. 1. D. de hered. instit. omnes eiusmodi institutiones, quibus *maledictum* adiectum esse, receptas esse ait. Enimvero MARCIANVS tractat de *parente*, qui *filium impiissimum*, *male de se meritum*, cum hoc maledicto scripserat heredem. Parentes vero *admonendi* atque *corrigendi* gratia videntur maledictum addidisse. Itaque in persona parentum, secundum mentem MARCIANI, omnes eiusmodi institutiones receptæ sunt. Contra in extraneis, quod VLP IANVS d. l. 9. §. 8. D. de her. inst. obseruauerat, ne *contumelia* quidem toleratur, mul-

x) MARQV. FREHER. veris. l. I. c. 26. in thes. Eberh. Otton. T. I. p. 898.

to minus *maledictum*. Ita enim MARCIANVS cum VLPIANO videtur in gratiam reducendus esse.

§. VIII.

*Auersatio
sepulturae
est indicium
furoris.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, *furorem* aliquando, ex serie orationis, quæ a sensu communi recedit, & in qua testator sibi ipsi contradicit, artificialiter probari. Eo pertinet, si quis illa auerfetur, quæ omnes alii quibus saluum est synciput, votis omnibus expetenda esse arbitrentur. Sed inter hæc *sepultura* maxime & *quies ossium* non sine nota *insaniæ* repudiari visa est. Quæ res efficit, ut Icti in persona illius testatoris, qui reliquias in mare abiici voluerat, regulam iuris defererent, & *furorem*, qui alias ab allegante probandus est, præsumerent, nisi perspicuis probationibus illa suspicio amoueretur. Audiamus MODESTINVM, qui l. 27. D. de *condit. instit.* eiusmodi speciem proponit: „Quidam in suo testamento heredem scripsit, sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiiciat. Quærebatur, cum heres conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? MODESTINVS respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non secundum voluntatem eius in mare abiecit: sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit. Sed hoc prius inspiciendum, ne homo, qui talem conditionem posuit, non compos mentis esset. Igitur, si perspicuis rationibus hæc suspicio amoueri potest, nullo modo legitimus heres controuersiam de hereditate faciet heredi scripto.”

Dici non potest, quantum torserit interpretes, quod, cum aliæ non leuiiores & insanabiles ineptiæ in testamentis tolerentur, sepulturæ auersatio tam suspecta MODESTINO visa fuerit, ut furoris pepererit præsumptionem. Enimuero nihil quidem, quod penitus a communi sensu alienum esse videatur, constituisse aiunt testatorem, qui reliquias in mare abiici præcepit. Neque enim sine exemplo hoc ab ipso factum esse. Certe ARISTOCRATES apud PLUTARCHVM 1) refert, quod LYCURGVS, qui Sparta discedens, ciues, ne rempublicam mutarent, donec ipse reuersus esset, iureiurando obstrinxerat, hospitibus suis Cretensisibus præceperit, καῦσαι τὸ σῶμα, καὶ διασπέραι τὴν τέφραν εἰς τὴν θάλασσαν, ut comburant corpus eius & cineres in mare abiiciant; ne si forte reliquiæ eius Spartam relatae fuerint, ciues se religione solutos arbitrentur. Sed nemo ideo Lycurgum *dementiae* & *furoris* accusauit. Idem & Herculis comites, si OVIDIO NASONI 2) fides est, expetierant, ut in Tyberim abiicerentur reliquiæ. Ita enim ille:

*Atque aliquis moriens hoc breue mandat opus:
Mitte me Tyberi: Tyberinis vectus ut undis.*

Lit-

1) PLUTARCH. in vita Lycurg. circa finem p. 59.

2) OVID. Fast. V. v. 655 sqq.

*Littus ad Inachium pulvis inanis eam.
 Displicet heredi mandati cura sepulchri,
 Mortuus Ausonia conditur hospes humo.
 Scirpea pro domino Tyberi iactatur imago.*

Igitur apparet, aliquando per *imaginem* ad minimum testatori satisfactum, qui sepulturam erat auersatus: quod non fuisset factum, si illud hominis insani esse desiderium existimassent.

Sed, quidquid illorum fuerit, facio cum *MODESTINO*, qui furorem ex illa conditione suspicatus est, nisi rationibus perspicuis suspicio amoueat. Nimirum, ut reliqua mittamus, illud expeditum est, quisquis a communi hominum consuetudine sine *caussa idonea* discedit, eum aut mirifice deprauatum esse, aut ipsa facultate mentis, specie quadam *insaniæ*, corruptum, aliquid vitii omnino contraxisse. In illa ambiguitate non immerito *ICRUS* illud credidit, quod maxime innoxium fuit, donec contrarium ab herede doceretur. Supra enim a nobis comprobatum, non mereri ultimas voluntates defunctorum, ut *ineptiis* ipsorum faueamus. Neque vero cogitari potest idonea ratio, quae testatorem permouerit, ut curauerit reliquias in mare ab heredibus abiiciendas. *Neque testatoris interest*, quo ritu & loco post mortem reliquiæ & condantur; ut interfuit *Lycurgi*, ne *Lacedæmonem* cineres ipsius referrentur. Sed, qui tam sollicitè cauet de negotiis, quæ quomodo perficiantur, *ipsius non interest*, & præterea a communibus hominum moribus, & studiis discedit, illum omnino parum sibi constitisse, atque *animo perturbatum* esse, nisi aliud perspicuis rationibus fuerit probatum, recte suspicamur.

Romanos quidem certe illa *insania* tanto magis offendere potuit, quando funestius illud esse iudicabant, & a commercio humanæ sortis alienius, si reliquiis sepultura negaretur & corpora defunctorum vndis agitata quiescere non possent. Illud *TACITVS* ^{a)} testatur, qui in strage amicorum *Seiani* a *Tiberio* quondam facta, cum corpora necatorum in *Tyberim* abiecta essent, miratur, quod cadauera, *fluitantia* aut ripis adpulsa, non contingere, non cremare quisquam ausus sit, sed vi metus interciderit *commercium humanæ sortis*. Certe constat, miseratione illorum, qui *naufragio* perierant, &, fortuito casu prohibiti humana sepultura, vndis iactabantur, *cenotaphia* constituta & tumulos inanes excitatos, in quorum possessionem dii manes solennibus precibus inuitarentur, ad quietem ossibus conciliandum: cuius rei *VIRGILIUS* in locis sexcentis testis est. ^{b)} Tantum abest, ut credi potuerit, quemquam *sanum* hanc sortem sibi expetere, & in tabulis supremis cauere, ut illa ignominia afficiatur. Quo loco obiter obseruare attinet, ita *MARCIANVM*

l. 6.

^{a)} *TACIT.* annal. VI. c. 19. in fine.
 & v. 500.

Fasc. V.

^{b)} *VIRGIL.* Aeneid. VI. v. 380.

l. 6. §. 5. D. de *diuis. rer.* atque *VLP IANVM* l. 6. D. de *relig.* in illo argumento conciliandos esse, ut cenotaphium, in honorem naufragi, quietis causa, constitutum, & Diis manibus solenni prece dedicatum, *religiosum* esse videatur, sed alia, futuræ sepulturæ duntaxat destinata, secundum mentem *VLP IANI*, omnino careant religione.

Nostra certe ætate Britannus quidam, inter alia lepida, haud ita pridem cavit testamento, ne suæ reliquæ sepelirentur, sed detractis carnibus *crates ossæ*, medici *σκελετὸν* appellant, in usum & disciplinam pullorum Hippocratis asseruaretur. Nec memini, an eius voluntati obtemperauerint heredes.

§. VIII.

*Rationes
perspicuæ
quibus sana
mens probatur.*

Non potest igitur esse obscurum, quod furor aliquando *artificialiter* probetur, atque præsumatur, donec perspicuis rationibus doceri possit, *sanae mentis* fuisse testatorem. Frigide enim *CHRISTIANVS THOMASIVS* ^{c)} *MODESTINVM* in l. 27. D. de *cond. instit.* interpretatur, quasi ex mente huius *ICTI* tam diu sanus fuisse testator, qui reliquias in mare abiici iusserit, credendus sit, donec alia furoris indicia accedant. Ausim enim affirmare, quod *THOMASIVS* non inspexerit legem *MODESTINI*. Hic enim manifeste furiosum esse censet illud testatorem. nisi hæc *suspicio* rationibus perspicuis amoveatur. Neque vero mouere aliquem possit, quod *MARCIANVS* d. l. 27. de *condit. instit.* *suspicionem* duntaxat furoris nasci dicat, ex infano illo de abiiciendis reliquiis præcepto. Enimuero constat, *suspicionem legitimam præsumptionem iuris* in scholis iuridicis notare, cui tamdiu creditur, donec contrarium probetur. Ita *TRYPHONINVS* l. 41. §. 1. D. de *test. milit.* mulierem, in quam cadat turpis *suspicio*, ex rescripto diui *Hadriani*, ne quidem ex testamento militis aliquid capere posse, ait; neque tamen quamcunque *suspicionem* vulpi intelligit, sed illam, quæ semiple-nam probationem contineat, ut credi possit, mulierem turpem esse, donec contrarium probetur.

Furor itaque in illa, quam supra adduximus, specie præsumitur donec *perspicuis rationibus* probetur, testatorem mentis compotem fuisse. Sed quæ sint illæ *rationes perspicuæ*, operæ pretium est, ut videamus. Nimirum furor, quod supra comprobatum est, videtur esse *morbus* quidam, qui a corpore ad animum peruenit, ipsamque *facultatem cogitandi* perturbauit: igitur rectissime, si fieri id possit, *medicos* adhibemus in consilium, qui scientes & periti rerum. ex rationibus idoneis, ipsam *causam* furoris nouerint, & ex illa de effectibus testentur. Hos enim tutissime sequimur in hoc argumento: & recte iudicat *THOMASIVS*, incerta esse dilu-

luci-

c) *THOMAS.* de præf. fur. §. XLVI.

lucida illa intervalla: ut difficile sit iudicatu, utrum ille, qui semel furore correptus fuerit, postea resipuerit, cum accederet ad testamenti factionem.

Sed si *causas* medici ignorent, quod sæpius accidit, ad *ICTOS* pertinet, ut, ex effectibus, de causa & *insania* cognoscant: in qua cognitione, cerum est, ipsas tabulas testamenti ante omnia inspiciendas, ut ex illis iudicemus. Enimvero cum furor ipsam *facultatem cogitandi* impediat, & frangat; caret dubitatione, quin illa facile *cohærere* non possint, quæ a furiosis & dementibus constituuntur. Ideoque *perplexæ* oratio, & institutio heredis cum *contumelia*, inutilis videtur, quia non *cohæret*, ut, quem heredem ex multis aliis eligimus, illum *contumelia* afficiamus: quod supra ex l. 9. & 48. D. de *hered. instit.* observatum est. Igitur, si qua pars testamenti insana atque inepta esse videatur, ex reliquis capitibus commodissime de furore iudicium feremus: cum sit probabile ad fidem, dementem atque furiosum, cum in una parte delirare cœperit, nec in reliquis capitibus intelligenter testatum esse. Contra, cum reliqua *sana* sint & a sensu communi non aherrent, *ineptiæ* quæ in unum duntaxat caput testamenti irrepsert, nisi *manifestam contradictionem* contineant, benignitate interpretationis potius habentur pro non scriptis; ut reliqua, quæ nihil vitii habent, & utiliter ordinata sunt, tanquam pura & perfecta conseruentur. Nimirum, ut recte CATVLLVS noster: d)

— Idem omnes fallimur, neque est quisquam
Quem non in aliqua re videre Suffenum
Possis. Suus cuique attributus est error.

Quapropter unam aliquam offensionem & simplicitatem, quamvis insignem & stuporis plenam, testatori remittimus, si reliqua incorrupta esse videantur.

Hæc igitur videtur mens fuisse MARCIANI: ut ex reliquis testamenti capitibus iudicetur, utrum ineptiæ testatoris & conditio de reliquiis abiiciendis, tolerari, & pro *non scriptis* accipi debeant, an certius sit, testatorem omnino *suæ mentis non compotem fuisse*.

Sed illi quidem interpretes oppido falluntur, qui, quamvis ipsæ testamenti tabulæ notam furoris animique perturbati & non intelligentis vestigia manifesta contineant, ex illis, quæ *post conditum testamentum*, a testatore recte & ordine suscepta sunt, iudicant, ipsum ne quidem illo tempore, cum testaretur, furore laborasse. Illi potius LABEONEM audiant, qui, in eo, qui testatur, *eius temporis*, quo testamentum facit, integritatem mentis desiderari monet l. 2. D. *qui. test. fac. poss.*

Nemo igitur testatorem, ex cuius tabulis supremis, ipsum eo tempore mentem suam non in potestate habuisse, intelligatur, suspicione furoris & insaniæ absoluet, quamvis fuerit probatum, *postea* ab illo res omnino re-

D 2

Etius

d) CATVLL. carm. 22. v. 20.

Etius & ordinatius administratas esse. Illud tamen non dissimulem, si *dubia* sit & *incerta* suspicio, quæ ex serie orationis & toto testamenti ordine enata est, ut benignitate interpretantium possit excusari, tunc ex illis, quæ a testatore alias dicta aut facta sunt, constituendum esse, utrum sanus & integer, an per furorem & insaniam, testatus esse videatur. Modo illud cogiteretur, *testium iudicio*, in illo argumento facile non credendum esse. Non enim, ut *iudicent*, sed ut factorum & rei gestæ nobis fidem faciant, testes audiuntur. Itaque facta quidem narrabunt, sed utrum ex illis furor colligi possit, an potius testator mentis integræ fuisse videatur, non ad testes, sed ad *iudicem* pertinet, qui ipse in hac causa non exiguam inueniet difficultatem.

Ante biennium *ICtis Vitembergensibus* oblata est eiusmodi species, in qua partes de furore testatoris disceptabant. Auditi erant *testes*, qui testatorem ante & post testamentum conditum multa recte & prudenter fecisse affirmarant. Sed ipsæ tabulæ testamenti non satis cohærere videbantur. Enimuero iudex annotauerat, testatorem fere in omnibus testamenti capitibus ancipitem fuisse: cum interrogaretur, utrum *Titius* & *Seius* ipsi heredes essent, illum, capite quassato, negauisse, quod illi omnino sibi heredes sint; sed paullo post respondisse: illi quidem non *sunt* heredes, sed ego illos *facio* heredes: porro, cum prælegeretur ipsi legatum, quod ancillæ reliquerat, eum mirifice commotum, serio admonuisse, ut deleatur hoc legatum: nunquam sibi in mentem venisse, ut ancillæ relinqueret legatum, quod sine turpitudine fieri non posset: sed mox, cum ipsa ancilla accederet, clamitasse alta voce: heus ancilla, tibi etiam reliqui aliquod legatum: & confestim iussisse iudicem, ut restitueret, quæ deleta erant, & quæ ipse antea legauerat ancillæ. Ex hac titubatione atque incertitudine iudicatum mense Februario anni 1736. *nullum esse testamentum*. Res ex rationibus adiectis apparebit: Ob wohl das streitige Testament wegen derer in der Registratur fol. 9. Act. sub O. n. 30. angeführten Umstände vor beständig nicht zu achten, in mehrerer Erwägung, der Testator nicht allein wegen der Vermächtnisse, sondern auch wegen derer eingesetzten Erben selbst, variiret, und sich dabey auf ganz ungewöhnliche Art bezeigt, daher des sechsten Zeugen ad art. prob. 39. erstatteten Aussage nicht unbillig Glauben beizumessen, und daß der Erblasser, als ein hochbetagter Mann, seiner Sinne nicht mehr mächtig, und wegen seines letzten Willens nicht schlußig gewesen, zur Gnüge abzunehmen, dahingegen auf dassenige, so die übrigen Zeugen, nach dem Inhalt der bey vorigen Urtheilen angeführten rationum decidendi, ausgesaget, da die Umstände der Sache selbst Ihnen widersprechen, das Absehen dießfalls nicht zu richten &c.

Ita quidem de probatione sanæ mentis habendum esse arbitramur.

XXXII.

DE VASALLO

A D

IMPENSAS IN FVNVS DECESSORIS
FACIENDAS IN SVBSIDIVM OBLIGATO.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*F*unerum curam & sepulchralis pompæ solennia inter necessaria legum ciuiliū argumenta fuisse relata, omnis æui memoria nos docet. Id- *Funerum cura necessaria*
que summam omnino habere rationem, ipsa rei indoles euincit. Non dis-
quiremus, an sepulturæ officium ex voluntario gentium iure, quod GRO-
TIO ^{a)} placuit, deriuandum sit; nec illorum sententiam sub examen reuo-
cabimus, qui ex iure non scripto, sed nobiscum nato, & ab ipsa diuina po-
tentia definito, probari asserunt, nefas esse, vt exuiiæ hominis, quo, teste
SENECA ^{b)} *inter maxima rerum suarum, nihil habet natura, quo magis
glorietur*, animantibus reliquis in escam & prædam promiscuè obiciantur.
Nec memoranda nobis videtur quarundam gentium superstitio, ^{c)} quæ in-
felicem defunctorum statum insepulto corpore, & teste MODESTINO
l. 27. D. de *condit. institut.* eum a furore parum abesse existimabat, qui sepul-
turam contemneret, & reliquias in mare abiici iuberet. Nobis sufficit, cum
VLPIANO, in l. 43. D. de *Rel. & S. F.* rem omnem ad publicam vtilitatem,
quæ in legum humanarum æstimatione primas partes tenet, referre, cui ad-
uersum videtur, vt corpora, humana sepultura careant. Accedit pietatis
honestatisque ratio, quæ sanguine iunctis humum exhibere, & virtutis ex-
citandæ causa, quomodocunque supremum iis testari amorem iubet, quos
virtus cultu, aut diuturnæ consuetudinis memoria amore dignos reddit.
Gratum enim societati hominum videtur, si in exemplo intueantur, non fa-
cile superstites amicorum obliuisci, sed, qua possunt ratione, etiam mor-
tuis officium præstare. His rationibus excitati sunt gentium rectores, vt
legibus imperarent, quod natura suadet, & mortalitatis sensus vrget, deni-
que vt luctus & sepulturæ modum ad decori publici & prudentiæ regulas
concinnius efformarent.

D 3

§. II.

^{a)} de iur. bell. & pac. l. II. c. 19.
feru. l. 2. c. 2.

^{b)} de benef. l. VI. c. 22.

^{c)} NOODT. ob-

§. II.

*Causæ im-
pensarum fu-
nebrum.*

Varii porro in statu civili inualuerunt ritus & insignis ceremoniarum apparatus, quibus homines, naturalis simplicitatis obliti, vel in mortalitatis solatium, vel decori causa, adfueverunt, utur plerisque luxus & effusa in vanitates ambitio verum pretium constituat. Nota apud veteres Romanos corporum vinctio, vestitus, & coronæ sepulchrales, cupressus, conclamatio, lectica, funeris indictio & solemnis elatio, ornamenta, honorum insignia, laudationes, monumenta ære & marmore conspicua, & complura alia, quæ fufius persequi ab instituto alienum. Vera hæc & prima sumtuum funebrium causa, quibus complures fortuna & generis nobilitate florentes, quos mors omnibus aequat, distinguere suorum funera cupiunt: accedit & altera, ratione non minus, quam legibus subnixa. Suadet prudentia, eius generis negotiis decus & boni ordinis gratiam conciliare. Hinc factum, ut funerum & sepulchrorum cura certis demandaretur personis, quorum opera vterentur, ad quos funus pertinebat, quorum quaestui fauere, aequitas postulabat. Tali apud Romanos veteres munere fungebantur Libitinarii, a Dea Libitina nomen sortiti, qui graece νεκροθάπται dicebantur, & quorum meminit VLP IANVS in lege §. D. de *inst. act.* Idem quoque officium a CONSTANTINO & IVSTINIANO in nou. LIX. decanis collegiorum asceteriis, acoluthis iniunctum, ut curarent aegrotos, exequias instruerent, & cadauera ad locum sepulturae deferrent, assignato ipsis, ut sumtibus subleuarentur cum primis pauperes, publico stipendio. Imo vero etiam publice interest, vulgus, in funeribus benemeritorum, ipsa pompa & ceremonia admoneri, magno pretio virtutem, etiam sublatam ex oculis, haberi, & memoria studiis posteritatis assidue ornari. Porro, ex quo maiores Christo nomen dederunt, religionis causa inualuit, ut, adhibita in funerum elationibus liturgia, ad quaestum & redditus clericales traheretur sepultura, quo iure & nos utimur, *d)* refragantibus nequaquam *e)* conciliorum pontificumque decretis.

§. III.

*Sententia
iuris civilis
de sumtibus
funerum.*

Natae inde leges & fori disceptatio de sumtibus funerariis, eorumque modo & iure singulari. Operæ me pretium facturum credo, si sententiam iuris Romani, a IVSTINIANO restaurati, quo in subsidium vitur Germania, paucis praemittam. Ita vero praetor, referente VLP IANO in l. 12. D. de *rel. & sumt. fun.* edixit: *quod funeris causa sumtus factus fuerit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem res ea pertinet, iudicium dabo.* Defendit hoc edictum Ictus duplici aequitatis ratione, altera, *ne insepulta corpora iacerent*, altera, *ne quis de alieno funiretur.* Illam religionis fauor, qui

Ro-

d) BOEHMERI ius par. sect. VII. c. 11. §. VI.
& 42. X. de sim. c. 13. X. de sepult.

c) c. 14. caus. XIII. q. 2. c. 9.

Romae summos erat, hanc ratio tuetur, ne alieno onere grauatus, damno adficiatur inuitus. Aliter ergo iudicandum, si quis *pietatis* causa alienum funus executus est. *Aestimandum erit*, inquit Ictus, l. 14. §. 7. arbitro, quo animo sumtus factus sit, *utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerat, vel ipsius humanitatis*: addit: *an misericordiae vel pietati tribuens, vel affectioni, quid impenderit, videndum*. Probandum autem, funerantem ex causa pietatis id fecisse, cum motus pietate & misericordia, ipso momento VLPIANO, magis humanitatis rationem, & ne insepultum maneret cadauer, quam sumtuum praestandorum finem praesumatur habuisse. Inde actio funeraria c. l. §. 6. ex bono & aequo oriri dicitur. Sumtus vero funeris causa factos eos censeat Ictus l. c. qui ideo fiunt, *ut funus ducatur*. Funeris hoc loco nomine pompam funeralem intelligi certum est. Subiungit rerum species varias & distinguit, ut facili inde coniectura edicti sententiam colligere queas. Pergit Ictus, quantitatem sumtuum ex *dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore & bona fide, aestimandam*; adeo, ut & facultatum ratio habeatur, ne sumtus fiat immodicus, nec repeti queat nimis modice in contumeliam defuncti erogatus. Porro ait praetor, *se iudicium daturum, in eum, ad quem res pertinet*. Sed quis ille? Respondet VLPIANVS l. 12. §. 4. *funus eum facere oportet, quem decedens elegit*, qui, si officium recusauerit, excidet emolumento, quod ipsi supremis tabulis relictum. De hoc si testator non cauit impensa & cura funeris ad onera hereditatis pertinet. Imo vero eleganter monet SCAEVOLA l. 42. de leg. 3. si vel vni heredum testator iniunxerit procurationem illarum rerum, quae circa funus versantur; tamen, nisi aliud appareat, singulos heredes pro portionibus hereditariis teneri ad sumtum faciendum. Et eo sensu interpret ille boni & aequi VLPIANVS in l. 1. D. de rel. & S. F. docet: *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*. Supponit enim casum hereditatis nondum aditae, quae iacens personae vicem sustinet. At suscepta hereditate, docente Icto in l. 14. §. f. eod. aduersus heredem, bonorumque possessorem, ceteroque successores, funeraria datur actio. Sed qui ceteri successores? crucem haec interpretibus figere possent, nisi lex legi lumen adferret. Sic in l. 31. D. eod. de filiofamilias peculium castrense habente scriptum est: *successores eius teneri, & sic deinde ad patrem veniri*. Et in l. 22. D. eod. CELSVS scribit: *Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, & ceteris mulieris bonis, pro portione funeranda*. Facta ergo est successorum mentio, ut declararet Ictus, expensas funerarias ex bonis defuncti soluendas, adeoque hoc onere teneri quemuis, qui ex defuncti successione, quocunque demum titulo delata, lucratus est. Inprimis vero heredes ab intestato videntur successorum nomine contineri, quoties heredes successoribus opponuntur. Ita enim

VLPIANVS l. 12. §. 4. de rel. & S. F. *scriptos* heredes ea res contingit; si neme scriptus est, *legitimos*, vel *cognatos* quosque suo ordine, quo *succedunt*. Et cum his conspirat, quod MARCIANVS habet in l. 45. D. eod. *impensa funeris semper ex hereditate deducitur*.

§. IV.

*Priuilegium
impensæ fu-
nerariæ ex-
plicatur.*

Et hætenus ius Romanum seruat æquitatis naturalis vestigia, quæ omnino iubet, vt de suo potius, quam alieno, funeretur defunctus. Est ergo impensa funeris onus hereditarium. Quid si vero æri alieno dispungendo non sufficiat hereditas, aut post bona iam possessa a creditoribus debitor decesserit? Respondet *ICtus in l. 45. D. de rel. & S. F.* quem paulo ante in partes vocauimus, *impensam funeris omne creditum præcedere, cum bona soluendo non sint*: vocat hoc priuilegium *SCÆVOLA l. f. §. 2. D. eod. funerarium*, eiusque mentionem iniectam legimus a *PAVLO l. 1. sent. tit. f.* vbi ait: quicquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur. Multa hic mouent interpretes, quæ ad priuilegii funerarii indolem spectant, & cum primis dubitant, an debitis hypotheca munitis sumtus funeris anteponendus: quæ vti parum ad scopum nostrum faciunt, ita ex ipsis Maeciani verbis refelluntur dissentientes, quibus omne creditum præcedere dicuntur funeris impensæ. Nemo enim dubitat etiam illud debitum, quod obligatione accessoria pignoris munitum est: nomine crediti venire. Nec est, cur ab hac regula recedamus, siue ante, siue post motum creditorum concursum mortuus fuerit debitor. In vtroque enim casu par sepulturae fauor firmat ius singulare, funerali expressa legum sanctione indultum, nequicquam dissentiente *STRYCKIO f)* qui forte *MEVIVS g)* auctoritatem secutus, debitore, post flebile cessionis beneficium, fatis concedente, funeris impensam magistratui imponit. Nisi forte quis dixerit, post cessionem bonorum nihil in debitoris patrimonio manere: ideoque, si funus eius postea ducatur, non repeti impensas ex massa concursus, quæ iam ad creditores pertinet. Hoc enim omnino verius videtur. *Præses* certe mihi indicauit, nuper in proximo termino Michaelis huius anni, curiam prouincialem Vitembergensem, repulisse debitoris viduam, quæ impensas, in funus mariti, post cessionem bonorum defuncti, factas, repetebat. Ita enim pronunciatum est: daß Klägers Suchen gestallten Sachen nach, und in Ansehung, daß der angegebene Todes-Fall nach entstandenen Concurse sich begeben, nicht statt hat, Es bleibt ihm aber, wenn von der Concurse-Masse etwas übrig bleibt, ihre Befriedigung davon zu suchen, unbenommen. *B. R. W.* Denique, si qui decessit, omni peculio destituatur, nec tantum relinquat vnde efferri honeste queat, quis feret funeris impensam? Crederes superfluam & inanem quaestionem, cum lex humanitatis pauperi gratis humum concedere iu-

f) in vl. mod. D. §. f. ad tit. de R. & S. F.

g) *MEVIVS* p. 2. D. 222.

iubeat; nisi experientia edocti sciremus, eos, qui ex sportulis funerariis viuunt, emolumenta sua tenacius tueri: legibus licet ^{h)} ecclesiasticis hanc duritiem temperantibus. Solent pragmatici in hac caussa peroranda ad iuris analogiam confugere, ducto ab onere alendi ad necessitatem funerandi argumento; nectunt quoque personarum seriem, quibus doctrina hac suffulti, onus funerationis imponunt, suffragante fori & praxeos auctoritate: cui quantum sittribuendum, aliorum esto iudicium. Probabilem reddit hanc sententiam & cordatioribus commendat sanguinis aut reuerentiae vinculum, cui innititur. Si nec haec sumtus funebres expediendi ratio procedit, publica demum succedit pietas, cui incumbit, vt non solum alimentis subleuet egestate & aduersa fortuna pressos, sed etiam sepulturae eorum curam gerat.

§. V.

Patet ergo, quis ferre teneatur funebrem sumtum. Sed eamus nunc ^{Argumen-} in rem praesentem. Disquirendum hoc opusculo, *an vasallus successionem potitus feudi, sumtus in funerationem decessoris, iuxta honestatis regulas impensos, soluere teneatur.* ^{tum propo-} Si principiis iure ciuili proditis vtendum, ^{nitur allega-} decisio quaestionis nullis ferme difficultatibus implicita videtur: quandoquidem ^{to ICtorum} quod supra obseruatum est, ex *aequo & bono* datur funeraria actio, aduersus illum, ad quem defuncti bona peruenerunt. Sed effecit distinctissima ^{diffensu.} feudi & allodii natura, quoad successionem cumprimis conspicua, nec minus dubia & varia feudorum indoles, vt insignes de obligatione vasalli successoris dissensiones, ICtorum ingenia, siue ad legum interpretationem, siue ad ipsa rerum argumenta respicias, exercere soleant. Accedit his & auget difficultates iurisprudentiae Germanicae conditio, maxime in causis clientelariis sese exferens, quae legum satis incertarum multitudine, varietate, obscuritate premitur, & opinionum diuersitate, ferme obruitur. Dabit adfert huius luculentum specimen, haec, quam expediendam suscepi, tractatio. Occurrunt in causa hac tres sibi inuicem contrariae sententiae, quas sigillatim commemorare instituti ratio exposcit. Prima, quae successorem feudalem ab omni onere expensarum funebrium liberat, CARPZOVIVM ⁱ⁾ defensorem nata est. Ita vero ille: *non facile reperiuntur agnati adeo tenaces, vt impensas funebres in exequias vasalli defuncti factas in subsidium ex feudo soluere recusent, & famam vasalli commaculati patiantur. At tamen nullo iure inuiti ad hoc cogi possunt. Quis enim dicere ausit, debitum feudale, quod ad funus vasalli celebrandum contractum fuit? Vix namque aliud debitum personae ita inhæret, quam quod in eius sepultura factum est.* Conspirant cum traditis Carpzouianis, quae habet GEORGIVS

BAY-

b) CARPZOV. iurispr. eccl. l. 2. D. 374.

i) P. II. const. XLVII. D. 36.

BAYERVS, *k)* cuius eo redit suffragium, expensas funebres ex censu debitorum feudalium excludendas. Nec est, quod his obiicias, nisi æquitatem stricto iuri præferre placeat. Alteram, quæ referri meretur, opinionem FINCKELTHVSIO *l)* adscribimus: qui diuisione inter *feudum antiquum* in quo successio agnatorum prouisione primi acquirentis, & inde orta deuolutione nititur, & *nouum* supposita, in illo successorem a solutione aeris alieni funebris absoluit, in hoc simpliciter obligatum adserit, ducto argumento, a contratio sensu, vt in scholis loqui solent, & sententiæ iuris Longobardici l. 2. f. 45. innixo, quo agnato, beneficium, si *paternum* fuerit, retinere permittitur, nec ille ad debita hereditaria soluenda compellitur. Sed adeo a principiis iuris, quibus successio feudalitatis regitur, hæc abluat opinio, vt nulla ratione eidem calculum addere queamus. Certe in feudo nouo non nisi pacto & euentuali inuestitura defertur ius succedendi, & adeo singulari titulo feudum successor addicitur; cui consequens, eundem, æri alieno, quo premitur hereditas, nullatenus subiiciendum: de quo suo loco explicatius videbimus. Qui tertium locum in hac dissentientium turba merentur, ita temperant sententias reliquorum, vt non nisi subsidiaria obligatione deuinctum putent successorem. Tuetur hanc hypothese STRVVIVS, *m)* qui præter æquitatis rationem, sumtus hos commendantem, ad argumentum a filia demortu vasalli prouocat; quæ, vti ex feudo alenda, aut dotanda in subsidium, ita & funeranda. Sequitur tradita Struuii MEVIUS, *n)* in eo Carpzouio subscribens, expensas in funus vasalli factas, ad onera feudi non pertinere iure absoluto, vsu tamen fori comprobari, & æquitatem suadere, adserens, vt hereditate his ferendis non sufficiente, successor hoc onus in se recipiat. Quorum sententia cum summo mihi iure approbanda videatur, non inutilem me operam in eiusdem rationibus excutiendis collocaturum credidi.

§. VI.

Successio *Quod* vt rite exequar, duo mihi sub examen reuocanda videntur: alterum, quænam sit successionis feudalitatis, indeque determinandæ obligationis, quæ successorem stringit, indoles: alterum; vt debitorum feudalium rationes excutiamus. His perspectis atque exploratis, facili negotio intelligemus, quo iure censi debeant impensæ funerariæ. Quodsi ergo ad primas instituti clientelaris origines descendamus, feuda ex fisci patrimonio militari aut curiali seruitio deuinctis stipendii loco concessa nouimus. Inde *militiæ, ministeria, fisci* dicta, & ab allodiis auitis, aut bonis proprio attractu comparatis, distincta: quæ sententia *o)* dudum ICtorum industria adserta, & fide antiquorum monumentorum penitus euicta. Pater inde,

k) in delineat. iur. feud.*l)* de iur. sepult. conclus. LXXI.*m)* synt. I. F. p. 521.*n)* P. II. dec. 124.*o)* STRVVV disp. de allodiis imperii. DN. ALUDWIG

de iur. client. c. 3.

vasallos olim non alio quam usufructus *p)* & precario iure hæc beneficia possedisse. Nulla olim in illa successio, nisi ex gratia domini, & quamuis, gressu temporis, masculorum descendendum successio, indulgentia *q)* caesarum, inualuerit, eaque in feudis antiquis, postquam per plures stirpes vasalli acquirentis progenies diuisa, agnatica dici cœperit, non alio tamen fundamento constat, quam concessione domini, vasalli posteros primæ inuestiturae formula comprehendentis. Porro, quod adscendentes & collaterales vasalli feudum acquirentis attinet, eis non alia ad clientelam via patebat, quam simultanea, ut vocant, inuestitura, *r)* quam rectius euentuallem diceres, a pura distinctam, qua illis, qui a successione feudali legitima exclusi erant, in casum aperturæ, seu successoria quadam conventionione, prospici consuevit, explosa testamentaria dispositione de feudo, quam Romani inter præcipuas ciuium præerogatiuas referebant. Distincta ergo fuit clientelarium bonorum in posteros translatio, etiam quoad modum & effectum, ab hereditaria successione, quam siue gentium, siue Romano iure hinc inde recepto, stabilitam, deprehendimus. Constituit enim feudum, concessio licet vasallis eius domino utili, separatam bonorum speciem nec eosdem utrumque admittit semper successores, nec qui feudum capit, ex hac causa in vniuersum ius defuncti succedit, nisi alius titulus ipsum etiam heredem faciat, nec eiusdem personam repræsentat, quod in herede obtinere nouimus. Hoc enim institutum a maioribus non sine ratione receptum, nostra quoque ætas seruare censetur, nisi probetur, aliud lege vel moribus inualuisse. Seruandum erat feudum, tum, ut familiarum nobiliorum splendori consuleretur, tum ut spes consolidationis domino maneret illibata, nec eidem inuito vasallus obtruderetur.

§. VII.

Confirmat singularem successionis feudalis indolem *simultanea* Saxonum *Singularis inuestitura*, quam olim Germaniæ vniuersæ fuisse vsitatam, quidam, non *cum primis* sine veritatis specie, adserunt. Sed, recepto demum iure Longobardico, *est Saxonum* soli Saxoniae, quæ sua instituta contra dominatum iuris exotici fortius tuita *successio ex simultanea* est, hæc ferme propria relictæ videtur. Natales *r)* eiusdem non aliunde *inuestitura*, quam ex vestigiis antiqui iuris, quo vsa est patria nostra, deducimus. Nullam illud feudi deuolutionem, nisi in filios, admisit. Ita enim *ius feud. Saxon. c. 21.* Es vererbet niemand kein Lehn, denn allein der Vater auff

E 2

den

p) v. II. f. 23. euincunt hoc formulæ antiquæ a STRUVIO collectæ in iurispr. feud. p. 25. *q)* v. THEGANVS de gest. Lud. pii. c. 19. SCHILTER de natura success. feud. disp. *r)* v. I. F. 20. II. F. 14, & 50. v. quoque SCHILTERVM de simult. inuest. princip. c. 2. *s)* Erudita sunt & lectu digna, quæ habentur in GVNDLINGIAN. P. III. n. I. §. 6. sqq. Item apud HORN. iurisprud. feud. c. 12. §. 25 sqq. *t)* conf. tradita Dn. a LYDEWIG. in disp. de simult. inuestit.

den Sohn. Item c. 6. Welcher Mann keinen Sohn hat, der erbet die Gewehr des Guths an seinen Herren. *Conspirat cum Saxonico ius Alemannicum c. 42. §. 2.* Sed quod speciatim notari meretur, & ad rem pertinet, occurrit in c. 32. vbi, postquam *vetus saxo*, de pluribus fratribus vno feudo inuestitis, die gleiche Gewehr an Guthe haben, & consensu domini prædium inter se diuidentibus, egit, notanter subiungit: Wenn sie sich aber theilen, so hat ihr keiner kein Recht mehr an des andern theil, ob ein anderer stirbet; ihm sey denn anderweit das Geding und die Anwartsung daran geliehen. Et conformia habet *ius Alemannicum. c. 65. §. 1.* Hic latet omnino vera iuris Longobardici & Saxonici differentia. Non ignoramus, quorundam interpretum dissensiones, textus allegatos de feudo solum nouo intelligentium. Sed nobis sufficit, Saxones retinuisse hodiernum ius antiquum, quo feudum non nisi in filios deuoluitur, & instituta inter fratres diuisione, quippe quæ alienationis & venditionis species habetur l. 1. C. *commun. utr. iudic.* ius succedendi perit. ^{u)} Et in aliis Germaniæ prouinciis, quæ vel olim Saxonum legibus vsæ sunt, aut adhuc viuunt, euentualis inuestituræ viget obseruantia. ^{x)} Nec sine ratione hoc firmandæ successionis feudalis medium maioribus arrisit, & post tot seculorum decursum, adhuc hodie applausum meruit. Offerre solebant maiores allodia auita dominis in feudum; idque variis ex causis accidebat, quas referre nunc non vacat. Ne vero iis, quibus more patrio successio deferebatur, in fraudem eederet feudificatio, quam dicunt inuestitura simultanea efficiebat. Illius quoque beneficio certior redditur & extra controuersiam ponitur, successio. Et, si effectum respicias, impedit illa alienationes & oppignorationes feudorum, qualiacunque demum illa sint; & si forte alienata fuerint, ius retractus tribuit & reuocandi clientelas in casu deuolutæ successionis, atque adeo seruat illustrium familiarum patrimonia, & ne luxuriæ possessorum, & creditorum fraudibus exponantur, prohibet. Tantum enim abest, vt virtute euentualis inuestituræ succedens, nisi sit filius proximi vasalli, oneribus hereditariis subiiciatur, vt potius, hereditate penitus repudiata, seruet sibi feudum ex singulari titulo quæsitum. Cumque hæc successionis spes pacto acquisita sit, & solemnî domini sponsione firmata; mirum non est, quod ius reale in feudo, seu, vt loquitur constitutio Torgauensis, celebris illa Electoratus Saxonici sanctio, ein beständig Recht am Lehn operetur, nullo modo reuocabile, aut, citra spontaneum euentualis successoris factum, limitandum vel elidendum. ^{y)}

§. VIII.

^{u)} v. Torgauisch. Ausschreib. sub tit. welchergestalt die Agnaten. ^{x)} testatur id de Pomerania priuilegium Erici Ducis de a. 1459. de Marchia. recess. prou. de a. 1553. de Lusatia priuilegium Maximil. II. de a. 1575. v. ord. iud. imper. aut. ^{y)} v. STRVV synt. iur. feud. p. 349. CARPZOV. l. 6. resp. 77.

§. VIII.

Cum ergo in clientelis Germaniæ, mediatis cumprimis, succedens, ne-
tquam vniuersum ius defuncti suscipiat; sed ex causa singulari, rem a re-
liquo patrimonio distinctissimam, capiat, consequens est, eundem non per-
sonalibus & hereditariis oneribus teneri, sed iis solum, quæ feudo incum-
bunt, idque ex singulari causa adficiunt. Enata inde debita, seu onera feu-
dalia, olim pleraque incognita, ab hereditariis, quoties diuersa successio-
nis ratio feudi & allodii separationem vrget, probe distinguenda, eaque mo-
ribus curiarum, & legibus prouincialibus in *absoluta* & *subsidiaria*, velut
classes quasdam, distributa. 2) Illorum tres causas, consensum vasalli suc-
cessoris, legem, & versionem in feudi vtilitatem, allegare solent: horum
ex usu maxime pendere definitionem deprehendimus. Sic dotalitii constitu-
tionem ad feudi onera transcriptam nouimus, si illatio dotis probetur, ex
qua versio in vtilitatem feudi praesumitur, nisi contrarium doceri possit.
Deinde recte obligabitur feudum ex credito, in eius acquisitionem, redem-
tionem, conseruationem contracto. Minus dubii habet hypotheca, succes-
soris consensu munita. Non, nisi excusso allodio, feudum onerant, do-
tes & alimenta filiarum, harumque legitima, ex feudo nouo soluenda, nec
non alimenta, incapaci praestanda. Dantur quoque debita quaedam, in
certis tantum prouinciis ad feudi onera relata, & de quorum qualitate ad-
huc sub iudice lis est: quorsum etiam *expensæ funebres* pertinent & *expensæ*
in seruitia, & das Praesent-Geld c. decis. elect. 32. Sed quod dolendum
fluctuat haec doctrina inter opiniones fori incertas, & legum prouincialium,
statuta, usum & consuetudinem. Sic in Pomerania, Marchia, Lusatia,
plerumque feuda in subsidium æs alienum quodcumque ferunt. Alibi feudi
qualitas hereditaria dubitandi causas auget. Quicquid sit, subsistendum in
regula, donec exceptio probata fuerit, adeoque, qui debitum feudi oneri-
bus adscribit, id cumprimis, quod asserit, defendente adhuc feudi succes-
sorem praesumptione a) & iuris communis regula, omnino probare tenebitur.

§. IX.

Quam adstruxi regulam in filio successore, & in feudo hereditario, ma-
gno opinionum legumque conflictu plerumque reprobant. De filio, in-
quiunt, ex decreto iuris Longobardici 2. F. 45. relato, rem certam esse,
& expeditam, non alio illum quam hereditario titulo succedere. Ita enim
ibidem scriptum legimus: *filius non potest hereditatem sine beneficio repudiare do.*
sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Hoc interpretes fundamen-
to innixi, filium ad praestanda facta patris, ad æs alienum soluendum, ad te-
stamentum paternum sancta fide seruandum adstringunt. Commendari Lon-

E 3

2) v. const. El. Sax. p. 2. C. 46. & EICHELII diff. de debitis feudalib.
MEV. P. II. D. 124.

a) v.

Successor
feudalis
fert sola
onera feudi.

Filius suc-
cessor soluit
æs alienum
hereditari-
um ex feu-

gobardici iuris adfertum credunt, summa æquitatis ratione, & forte ex Romani iuris fontibus, quos Italia nunquam prorsus deseruit, profluxisse videtur, lactant vim patriæ potestatis, extollunt reuerentiam, & sanctitatem nominis paterni. Herede destitui, dedecori sibi Romani ducebant: hinc liberi *sui & necessarii* patris heredes, quibus demum prætor, ille æquitatis arbiter & defensor, dato abstinendi iure, succurrebat. Insignis quoque est interpretum in hoc textu explicando dissensus, adeo, ut inde *Neapolitanorum & Pileanorum* nomina inualuerint. ^{b)} Sed hodie illos mouere fluctus, inanis fere labor est, cum nostræ ætatis Icti plerique pro certo habeant, doctrinam iuris Longobardici non de alio feudo intelligendam, quam quod ex pacto & maiorum prouidentia appellare consueuimus. Si Germanorum instituta consulamus, vix est, ut filios, ex nominibus factisque parentum intuitu fundi clientelaris, in quem succedunt, obligatos putemus. Varia notatu digna hanc in rem congeffit Dn. a L V D E W I G, quæ transcribere singula non vacat. ^{c)} Vrgent, qui Germanica Longobardicis præferunt, art. 21. L. II. in S. R. & a necessitate adeundæ hereditatis filium, ad feudum adspirantem, liberant C A R P Z O V I U S ^{d)} & L Y N C K E R V S ^{e)} qui, extra Electoratum Saxonie, hæc antiqui iuris dogmata, hodie obtinere testatur. At cum mihi ad leges patriæ cumprimis sit respiciendum, subsistendum in lege, qua vitur Saxonie Electoralis, & quæ constit. 47. P. II. decretum Longobardicum recepit, filiumque obligat ex facto & debito parentis, eo effectu, ut, si allodium æri alieno expungendo non suffecturum, videatur, ex feudo illud soluat in subsidium.

*Obligatio
successoris in
feudo hereditario.*

§. X. *Alterum*, quo doctrina, de successore feudali ab oneribus hereditariis liberando, limitatur, dogma illud fori vsu tritum, & quod interpretum ingenia maxime torfit, de feudo hereditario constituit. Ita vero rem exprimit S T R V V I U S: *f) in feudo hereditario, & mere & mixtim tali, succedens vasallus perinde ut heres obligatur, ad quænis soluenda debita.* Hæc ut intelligantur penitius, feudi hereditarii, & eius, quod ex pacto & prouidentia defertur, indoles, breuiter explicanda est. Debemus hanc distinctionem, quo forte carere potuisset patria iurisprudentia, *Pileo & Bulgaro*, luminibus illis instauratae iurisprudentiæ. Grande daturus esset patientiæ documentum, qui interpretum volumina excutere, & infinitas, quibus feudi hereditarii conceptus solertia Ictorum inuolutus fuit, tricas referre, & sub examen reuocare vellet. Ut ergo instituto inseruiamus, dicimus feuda ex pacto & prouidentia maiorum, quæ primus acquirens, non iure saltim personali, & cum se ipso expiraturo, sed pro posteris simul, siue heredum, siue

^{b)} V. HARTM. FISTOR. L. II. Q. 3. & 14.

ris in princ. & client. c. 6. §. 2.

I. F. p. 85.

^{c)} in disp. de obligatione successo-

^{d)} P. II. c. 47. D. 4.

^{e)} in anal. S T R V V.

^{f)} Synt. I. F. c. XIV. aph. II.

sive filiorum verbo usus fuerit, domini benevolentia comparavit. Et hoc sensu supposito, hæc ipsa feuda propriam naturam successionis clientelaris exprimunt, postquam lege cautum, ut in heredes masculos transeant clientelæ. Nec heredum simpliciter facta mentio scrupulum mouere potest expendenti, hanc vocem in materia & negotio feudali, pro substratae materiae indole, explicandam esse. g) Sed, cum ætas subsecuta oneroso quoque titulo feuda coepisset comparare, inde quoque effectum est, ut vasalli lautiores sibi conditiones, & suis profuturas posteris, stipularentur, idque non solum ratione facultatis disponendi de feudo, & illud alienandi, sed etiam habito ad promiscuæ successionis modum respectu, adeo, ut illam speciem feudi hereditarii mixti, hanc absoluti, nomine indigarent. Cumque porro certum sit, feudum, quo magis a propria feudi natura recedit, eo propius ad allodii fines accedere; suo se satis bene functos officio crediderunt ICr, si feudum hereditarium iure allodii censendum vno omnes ferme ore iactarent.

§. XI.

Porro constat, feudi naturam pactis posse in varias mutari formas. h) *Uterior applicatio ditionum de feudo hereditario.* Idque cum primis contigisse deprehendimus, postquam feuda, oblatione, vel interueniente pretio, constituta, & adeo mera beneficia esse desierunt. Euenit ergo, ut hereditariæ qualitatæ, quibus natura feudorum nonnihil immutatur, varii inualuerint gradus, quos HORNIVS i) satis accurate expressit. Vti vero illi maxime possessorum emolumenta concernunt, & directi domini iuribus detrahunt, quæ, quatenus non expressa pactione, vel concessione, mutata sunt, illibata persistere præsumuntur; ita certum est, feudum hereditarium nec respuere directi domini effectus, nec in casibus non expressis alia, quam ordinaria feudalis iuris regula, iudicandum esse. Declarant hoc verba constitutionis Torgauensis: Diweil denn in solchen Zweifel und Ungewißheit das Sicherste und Gewisseste ist, daß man bey der rechten Natur und Eigenschaft eines Lehn-Guths verbleibe, und demjenigen, was hiervon in gemeinen beschribenen Lehn-Rechten ausdrücklich verordnet, nachgehe &c. Satis certa hæc, & ICtorum calculis probata videntur, quoad mixta feuda; sed quod ad absolute & mere hereditaria attinet, non omni prorsus fundamento communis, de ære alieno, ex feudis hereditariis soluendo, destitui videtur doctrina. Quodsi enim vera sunt, quæ vulgo tradunt, k) vasallum possessorem, actibus inter viuos non minus, quam mortis causa, susceptis, de feudo hereditario licite disponere, idque etiam ad extraneos heredes transire; plurimi existimant, successorem illud non nisi he-

g) v. II. f. 17. & 36. §. 2.
tutæ feudi qualitatem indicit.
PISTOR. p. 2. qu. 1. 3. & 14.

h) v. I. l. 1. §. 3. & II F. 50. indeque ipse tenor inuesti-
i) in iurispr. feud. c. 4. §. 34. k) HARTM.

hereditario iure acquirere, atque adeo ex facto defuncti teneri. Sed plures eius generis flosculos colligere non placet, non legibus firmatos, sed ab interpretibus larga messe sparfos. Miscentur quadrata rotundis, & iura pro cuiusvis arbitrio finguntur, ubi legum deficit definitio. *Saxones electorales* etli forte etiam in feudo mere hereditario successionem civilem admittunt; eos tamen, eo casu, certo magis iure uti, probat saepius laudata constitutio Torgauensis, quando successionem ad modum simultaneae inuestiturae componere placuit: & quia haec non mero beneficio vasalli possessoris, sed ipso successoris facto & indulgentia domini acquiritur, consequens est, successorem simultaneae inuestitum, non hereditario, sed singulari titulo, feudum licet hereditarium, consequi, adeoque æri alieno, a defuncto possessore contracto, non teneri. Eleganter rem exprimunt laudatae constitutionis verba, in hunc sensum concepta: Es sollen auch jetzt angezogener Ursachen halber die Mitbelehnten, da gleich in der Belehnung der Erben gedacht, jedoch dahero nicht schuldig seyn, desjenigen, durch welches Absterben die Lehns Folge an sie kömmt, Land-Erben zu seyn 2c. & paulo post: ja, wenn sie gleich aus gutem Willen Erben worden wären, so soll Ihnen solches an der reuocation nicht hinderlich seyn. Et hanc successoris, a necessitate soluendi æris alieni, liberationem, ipsa reuocandi facultas, simultaneae inuestiturae beneficio successoris indulta, inuicto probat argumento. Fit enim citra necessitatem refundendi pretium, & defuncti alienantis factum elidit, quod iuris hereditarii regula heredem seruare iubet, & indulgetur successoris feudali, licet hereditatem adierit, adeoque omni casu feudum ab allodio separat: illud enim, quae in constitutione sequuntur, verba, expresse demonstrant: So wird auf Sächß. Boden den Erben, da sie gleich kein Inventarium gemacht, die reuocation billig ohne Unterscheid verstatet, jedoch sind die Mitbelehnten auf solchen Fall, da sie Land-Erben worden wären, von der Erbschaft, so weit sie sich erstreckt, dasjenige zu gelten pflichtig, was andern Erben diesfalls obliegt.

§. XII.

Non obligatur simultanee inuestitus in feudo adappropriato.

Ansam hæc, quæ de feudo hereditario disserui, præbent, de obligatione successoris in feudum *adappropriatum*, dispiciendi. *Adappropriari* feudum dicitur, quando, qualitate feudali consensu domini directi extincta, illud naturam allodii induit. Accidit illud vel quoad omnes omnino qualitatis feudalis effectus, vel reſeruatis quibusdam, & quod ſeruitia attinet, iisdem interdum in annum canonem mutatis. Effectum adappropriationis tum ex ipsis adpropriatoriis formulis, tum ex moribus prouinciarum & curiarum feudaliū, diiudicandum eſſe facile largimur. Formulam Luſatiae propriam exhibet L V N I G I V S 1) his verbis: aus der Natur des Mann-Lehns genommen,

1) in corp. I. F. t. II. p. 710. n. 17.

men, und in die Natur und Eigenschaft eines rechten vollkommenen Erb-
Guths verwandelt zc. als ein rechtes, wahres, vollkommenes allodium oder
Erb-Guth inne haben, besitzen, genießen, und gebrauchen, auch davon zu
testiren, doniren zc. aliam vide apud eundem in C. I. F. T. III. p. 826. Sed
feudum quidem adpropriatione ad naturam allodii redactum, a feudo mere
& absolute hereditario, in eo potissimum differre, interpretes adserunt, quod
in hoc domini directi effectus, ^{m)} vasallagium, fides, seruitia, spes con-
solidationis, perdurent, in illo penitus extinguantur. Quam sententiam vii
non prorsus improbamus; ita in Saxonia quam maxime respicio, dubia illa dif-
ferentia, aut certe subtilior videtur, eo cumprimis casu, quo dominus, quod
plerumque fieri adsolet, praestationes feudales sibi reseruauit. Notissimum
est, Saxonum iure, quaeuis immobilia mediante inuestitura adquiri, ⁿ⁾ fi-
demque feudalem & homagiale proxime coniungi: nec laudata HORNIO
o. l. consolidationis spes distinguet allodium, a feudo hereditario absolute tali,
si, quod communiter traditur, supponas, in beneficio, sub qualitate boni he-
reditarii omnimoda concessio, succedere heredes quosuis, etiam testamento
constitutos. Accedunt formulae inuestiturarum, quibus apertura omnis ex-
cluditur, cuius exemplum LVNIGIVS l. c. habet, ubi: zu rechten freyen
Erb-Lehn zc. darzu wir unsern Landes- und Lehns-Fürstl. Consens und Ver-
willigung ertheilen, uns zugleich aller Expectanz, Anwartsung, und Aper-
tur an diesen Guthe wissentlich und wohlbedächtig verziehen haben wollen.
Legimus etiam in formulis adpropriationis feudalis: Es sollen die Besitzer
in allen Fällen der Lehn-Folge leisten, jedoch der Erbllichkeit unschädlich.
Quae singula, si pensitentur curatus, satis euincunt, quam difficile sit,
feudi adpropriati hereditariue notas, quibus inter sese disiungantur, definire.
Fatentur III. BERGERVS o) & MENKENIVS p) eius generis praedia, quae
dantur zu rechten Erbe oder Allodial Erb-Guth, feudi naturam non prorsus
exuere. Sed fingamus, successionem in feudum adpropriatum, consensu
pactoue fratrum agnatorumue, per modum simultaneae inuestiturae, consti-
tutam, & firmatam, eamque a domino directo & territoriali adprobatam,
ipsoque facto *ius manus*, vti rem exprimit curiae stylus, *coniunctae*, die ge-
samte Hand, impetratum, ad quid obligatum esse successorem, mutataeque,
qualitate praedii allodiali, vim singularis successionis, dicemus? Saepius id
accidere, experientia nos edocet. Suadet enim prudentia, hoc medio fa-
miliarum commoda conseruare, & impedire alienationes praediorum nobi-
lium, quae velut nerui sunt gentium honoratiorum, & a quibus nomen splen-
doremque accipiunt. Nec; quin fieri hoc licite possit, iusta dubitandi
sup-

^{m)} HORN iur. feud. c. 4. §. 24.
ad tit. XL. O. P. S. p. 1250. & 1329.

ⁿ⁾ Decis. el. Nou. 61.
^{p)} ad O. P. S. t. XL. p. 611.

^{o)} in el. disp. for.

suppetitratio. *Offerre* allodia in feudum, moribus Germaniae antiquis non minus, quam nostris conuenit. Nec a iuris ratione aut analogia prorsus abhorret, qualitatem feudalem implicite praedio conciliari, eo scilicet modo, si, cognita fundi qualitate, perente possessore, & consentiente domino, successio inuestitura euentuali firmetur, adeoque pristina feudi natura, quae nondum penitus extincta est, restituatur. Quod illis cumprimis opponimus, qui simultaneae inuestiturae non nisi in feudo locum relinquunt, eamque, in beneficio adpropriato, citra expressam feudificationem, inualidam iactant. *q)* Sed non opus est, ad tacitam ἀνακαταστάσις qualitatis feudalis confugere; cum nullibi prohibitum legamus, in allodiis nobilioribus consensu domini territorialis & conuentione eorum, quorum interest, successionis modum ad regulas successionis feudalis componere. Comprobant illud fideicommissorum conuentionalium exempla, in quibus agnatica & linealis successio, nec non maioratus & primogeniturae iura, constituta, virtute pactorum, sustinentur. Eadem ratione obtinuit, curiarum feudalium moribus id testantibus, ut de feudo in allodium verso non inuestiantur solum successores, sed &, praeter seruitia, a domino retenta, renouatio inuestiturae petatur, adeoque, ubi principalis inuestitura necessaria est, ibi accessoria quoque siue simultanea locum recte tuebitur. Et caute omnino agunt, prudenterque rationes domesticas componunt, non metum solummodo reuocandae adpropriationis, per gratiam obtentae, a se suisque auertentes, sed iis etiam, in quos successionem collatam volunt, prospicientes, fundumque adpropriatum a tributis, quibus allodia premuntur, immunem seruantes. Non aliud ergo ex dictis consequitur, quam quod hucusque adstruximus, etiam illum, qui in feudum adpropriatum beneficio simultaneae inuestiturae succedit, nec heredis vice fungi, nec subiici oneribus hereditariis.

§. XIII.

*Non obligatur successor in feudo em-
to aut simultanea inue-
stitura titu-
lo lucrativo
acquisita.* Quae haecenus pro liberando successore singulari & pactitio, ex indole simultaneae inuestiturae, adduximus, ea nullatenus tituli diuersitate, quo ius succedendi, aut ipsum praedium acquisitum est, eliduntur. Parum ergo interest, nec ius successoris, semel legitima ex causa quaesitum, adficit, siue per donationem, & meram liberalitatem, siue interueniente pretio, siue denique, quod frequentius accidit, inter fratres, feuda diuidentes, in utriusque praedio reciproca successio promissa & concessa, utrinque euentuali inuestitura corroborata fuerit. Quin potius, si conuentionum vim, & effectum, ex paciscentium intentione, aestimari, par est, iis cumprimis casibus, quos leges liberae ciuium dispositioni relictos voluerunt, non iustior aut fortior liberalitatis exercendae coniectura capi potest, quam de pactis successoribus.

q) V. CAREZ. P. III. c. 30. def. 2.

foriis, cui consequens est, eorum valori reciprocam promissionem, vel iustum pretium, cui ob incertum euentum ne locus quidem esse potest, nec addere quicquam, nec demere. Acquirendi causa aut modus non variat ius, in ipsa re acquisitum. Nec donatio legitime facta ob æs alienum reuocatur, nisi in fraudem creditorum facta, v. l. 6. §. 11. D. & l. 5. C. *de his quae in fr. cred. f.* Nec interest, an ipsum feudum, quod euentualis inuestitura adficit, emtione comparatum, vel, instituta hereditatis paternae diuisione, possessori in portionem hereditariam imputatum fuerit. Feudi enim naturam non minus illud habet, quod ex mera domini gratia profectum, quam quod ex causa onerosa quaesitum. ^{r)} Et licet demus, in eius generis praediis complura interdum, pactis interpositis, indulgeri vasallo, a communi feudorum regula deuiantia; firma tamen manet, & incorrupta praedii feudalis natura, in casibus non exceptis.

Parum ergo nobis nocet, quod communi interpretum assensu non minus, quam iure Saxonico electorali defenditur, ex feudo emto deberi filiabus legitimam in subsidium, ^{s)} si forte, inspectis patrimonii viribus, versionem allodii in feudum, inofficiositatis vitio laborare adpareat. Sed finge vasallum, successione in feudum emtum, inuestitura euentuali constituta, & firmata, sine prole decessisse, magnumque, & allodii vires superans æs alienum conflasse: quis inde colligere ausit, successorem ad illud dispungendum obligari. Iactabunt equidem ii, quorum commodis hac doctrina detrahitur, iniquum esse, successorem captare lucrum, & locupletari cum iactura creditorum, quos insignis praedii possessio forsitan ad credendum induxerat: certa potius æquitatis ratione niti regulam *VLPIANI* in l. 149. D. de *R. I.* relata: *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet*: feudi que pretium ad massam hereditatis reuocandum, quod magnam patrimonii partem constituat; nec posse ab iniquitatis nota absolui successorem, gratis in quaestu hærentem, aut salua conscientia retinere praedium, ex quo non citra fraudis suspicionem, simultanea inuestitura introducta, omnem alienandi aut oppignorandi facultatem possessori ademit, eumque ad indignam egestatem, nominisque quandam infamiam contrahendam redegit. Sed gratis hæc adferi, & cerebrinae æquitatis specie defendi, quis non videt? Actum esset de fortunis ciuium, si leges ciuiles, cuiuslibet æquitatis, aut pietatis obtentu, infirmari possent: facili negotio elideretur vis pactorum, & flos familiarum illustrium languesceret, si possessoribus praediorum nobilium, fidem datam, æs alienum contrahendo, infringere, in propriae gentis viscera saeuire, & spem beneficii collati conuellere, liceret. Nec nostris temporibus desunt luxuriae mancipia, qui a maioribus accepta per libidinem & insaniam profundunt, inscitia, facilitate muliebri, osten-

F 2

tatio-

^{r)} V. SCHILTER. I. L. F. c. 9. §. 24. HORN. iur. feud. c. 4. §. 8. ^{s)} V. HORN. c. 15. §. 10.

tatione puerili, cum risu harpyarum, & fraudulentorum nebulonum, qui bonis lucrisque aliorum inhiant, sine omni suo fructu & emolumento indignissime proiiciunt, sibi famem, egestatem, contemptum, parant, aliis praedam cum turpissimo cachinno deglutiendam relinquunt. Opplata est respublica improbis foeneratoribus, quorum nequitiam, eius generis froeno iniecto, cohibere, non iniquum est: postquam adeo defecit nostrae ætatis disciplina, ut leges prodigalitatem coercentes, non fileant modo, aut negligantur, sed, pessimo reipublicæ fato, data velut opera, ignorentur. Creditor, cum nosse debeat conditionem eius, cum quo contrahit, sibi imputabit damnum, quod ex indiscreta & inconsulta mutui datione sentit. Nec suo iure in acquirendo praedio clientelari utens, aliis iniuriam fecisse recte dicitur; cum generaliter ea sit domini & quaesiti iuris indoles, ut effectum eiusdem, damnum aliis forte inde emergens, neutiquam sistat aut impediatur. Non ex solo possessoris facto lucratur, qui virtute eventualis inuestituræ succedit, cum illa domini maxime beneficio vim sortiatur. Neque enim, qui titulo singulari inter viuos lucrum ex altero adquisiuit, generaliter eius facta praestare cogitur, aut heredis iure obligatur. *VLP IANVS* certe in d. l. 149. *D. de reg. iur.* de lucro heredis agit, qui propter commodum hereditarium defuncti facta deferere non potest. Et quod supra de donatione argumentum tetigi, scopo inseruit. Eleganter hanc in rem rescriptum legimus in l. 15. *C. de donat. aeris alieni, quod ex hereditaria causa venit, non eius, qui donationis titulo possidet, sed totius iuris successoris onus est.* Subiungit rescriptum augustorum facti speciem, petita ex praemissa regula, decisione: *si itaque nemini obligata praedia per donationem consequuta es, superuacuum geris sollicitudinem, ne vel heredes donatricis, vel eius creditores te iure possint conuenire.* Pro eo ergo potiore iure aequitas militat, qui honeste parta tueri intendit, idque prudenter agit, ne, debitis perditæ contractis obnoxius, cedere paternis auitisque possessionibus, aut, ut loquitur *CONSTANTINVS* in l. 22. *C. de adm. tut. vendere domum, in qua defecit pater, minor creuit, & in qua maiorum imagines, aut non fixas, aut reuulsas, videre cogatur.*

§. XIV.

Idem obtinet in feudo nouo.

Sunt, qui regulam, hucusque adstructam, in casu *feudi noui* limitandam censent, eamque sententiam, in quaestione de summis funebribus refundendis, *FINCKELTHVSIO* placuisse, supra notatum fuit. Sed fallunt, & falluntur, qui ita sentiunt. *Noui feudi* nomine, illud designo, quod non a maioribus profectum, sed ab ipso vasallo, de cuius successione quaeritur, acquisitum, non nisi pacto, & simultanea inuestitura, in illos, qui a latere iuncti sunt, transitorium; quem casum exprimit *ius Longobardicum* II, F. 12. In hoc qui successorem ad decessoris debita hereditaria sol-

soluenda obligatum dicunt, prouocant ad decretum *iuris Longobardici* II. f. 45. relatum, & ex eo cumprimis causæ suæ patrociniū petunt, quod ibidem de agnato legitur: *feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine soluerit cogitur.* Inde colligunt, aliam esse feudi noui rationem, idque porro eo magis pro vero habent, quo certius, & extra controuersiam positum putant, nouum feudum a vasallo facilius alienari aut oppignorari posse. ¹⁾ Sed parum efficiunt his argumentis, qui hanc sententiam tuerentur. *Paterni* feudi mentio explicat legem, non restringit, cumque habet sensum, quem ipsa rei natura exposcit; non dari in feudo nouo casum successionis agnaticæ, & adeo frustra de obligatione successoris agnati quaestionem suscipi. Quod igitur feudi paterni in dicto cap. 45. mentio iniecta est, non eo tendit, ut ex feudo nouo debita hereditaria soluantur; sed ut indicetur, agnatos in feudo paterno duntaxat adspirare posse ad successionem, & si hoc fecerint, ad debita hereditaria soluenda non teneri. Finge porro, in feudi acquisitione, *pacto*, successores constitutos, siue illud iure feudi antiqui concessum, atque adeo fictione iuris natura praedii mutata, siue mediante investitura, in euentum succedendi ratio fuerit definita; & habebis successorem pactitium & singularem, cui fas est, retento feudo, repudiare allodium, & ab oneribus hereditariis sese liberare. Sic admissio ex conuentione in nouo feudo successore, corrumpet & illud, quod de facultate alienandi citra verosimilem consecutionis nexum adferunt. Nam in feudo nouo alienandi libertas vasallo non nisi consentiente domino recte adscribitur, cuius, ne inuito vasallus obtruderetur, interest, II. F. 36. & concessio licet praedio cum alienationis arbitrio, inde tamen non conficitur, illud ari alieno contra regulam esse subiiciendum. Denique qualiscunque etiam sit vasalli, in alienanda re clientelari nouiter acquisita, potestas, vis & effectus simultaneae investiturae, quam possessor consensu suo adprobauit, eam impedit & eneruat.

§. XV.

Liberauimus hactenus successorem feudalem, excepto filio, ab oneribus hereditariis, nec eundem, nisi ob debitum feudale, teneri adstruximus. *Expensæ funebres non* Nunc ex diuerticulo veluti in rem praesentem redeuntibus, dispiciendum; *pertinent ad debita feudi absolute ex legis dispositione.* an funeris impensæ ad onera feudi, eaque quæ, absoluta necessitate illi incumbunt, referri queant. Tres supra debitorum feudalium retulimus causas, *legem, consensum successoris, versionem in feudi utilitatem.* Arque ex hoc triplici fonte, quæ in hac causa peroranda nobis dicenda videbuntur, hauriemus. Silent de *funerario debito* decreta *Longobardica*, nisi ea forsitan, quæ de alimentis vasallo inhabili a successore praestandis I. f. 6. habentur, huc referre velis, & inde, ad subeundum impensæ funerariæ onus,

F 3

1) V. STRVV. synt. iur. feud. c. 13. §. 14.

onus, argumentum ducere velis. Ita enim plerumque, teste praxi & experientia, concludunt, obligationem ad alendum ex feudi fructibus, eum onere funerationis arctissime coniungi. Sed videntur hæc a nostra tractatione aliena, quæ de impensis in funus vasalli decessoris agit, & ex sententia veriore ad *subsidiaria* feudi onera pertinent. Nec tangunt casum, quem tractamus, Germanicæ leges antiquiores. Nec mirum hoc videri potest, antiquæ gentis nostræ indolem scrutantibus, & feudorum primogeniam naturam. Defuit priscis temporibus luxus & vanitatis stimulus, & consuetudo, quæ præcipua expensarum funebrium causa. Ita enim TACITVS ^{u)} de maioribus nostris: *Funerum nulla ambitio; id solum observatur, ut corpora clarorum virorum certis lignis cumentur. Struem rogi nec vestibis nec odoribus cunulant. Sua cuique arma, quorundam & igni equus adiicitur. Sepulchrum cespes erigit. Monumentorum arduum & operosum honorem, ut grauem defunctis, adspernantur.* Et, licet successu temporis, Romanorum vanitatibus imbuti, funerum quoque pompam & monumentorum ambitiosas moles imitari didicerint, ipsa etiam religio, liturgicos actus sepulturæ addens, sumtibus augendis funerariis occasionem dederit; stetit tamen intra mediocritatis fines funerum expensa, & sensim demum sensimque coepit excrecere. Cura vero funeris magis humanitatis officio, quam legis imperio suscepta, adeo, ut legibus maiores nostri, virtutis fideique tenacissimi, opus non habuerint, quæ sæpissime augendæ, quando rebus civilibus, in peiora ruentibus medicina adhibenda est. Et feudorum olim conditio, mere usufructuaria, non permittebat, successorem, fructus stipendii loco capientem, expensarum onere inuitum grauari, qui forte modicum erogare, pro funere ducendo, non reluctabatur, probe gnarus, sibi quoque post fata idem ab alio præstitum iri. Sic euenit, ut funerum sumtus a legumlatoribus vetustis neglectus fuerit. Denique postquam successores clientelares variis subiici oneribus, ipsaque feuda hypothecæ frequentius supponi, & illi quibus successionis spes data fuit, ut consensu munerent oppignorationes, pactis constringi coeperunt; iniquum forsitan reputarunt, qui legibus condendis præsumunt in Germania, successorem alio quam *subsidiario nexu*, ad funeris sumtum teneri, remque omnem successorem pietati, & iudicantium æquitati, reliquerunt.

§. XVI.

Expensæ funebres ob consensum successoris ex feudo debentur.

Conuentione consensuue domini & successorum, obligari posse feudum, eosque qui succedunt, euincit ipsa iuris naturalis æquitas, qua iure suo quilibet renunciare valet, siue illud constituta hypotheca, contingat, siue intra conuentionis terminos obligatio subsistat, personamque duntaxat successoris obstringat, eo effectum, ut ob debitum, consensu munitum, allodio licet non ex-

casto,

^{u)} de mor. Germ. c. 27.

cusso, detur actio. Quod licet, ex communi feudorum iure rem expendentibus, dubium videatur, cum omnis feudi obligatio, plerorumque interpretum suffragio, *subsidiaria* sit; omni tamen hæc dubio carent in electoratu Saxoniae, suffragante *Augusti constitut. XLVIII. P. II. x)* Fac ergo, eum cui simultanea investitura successionis futurae emolumentum conceditur, literis, ut vocant, reuersalibus ad funerarias impensas sese obstrinxisse: finge ulterius, certam pacto expressam fuisse quantitatem, funeri honeste ducendo suffecturam, utque eius securitati consulatur, qui, casu mortis eueniente, funerationis curam subiturus est, euentuali cautione feudum hypothecæ suppositum, dominumque consensu, conuentionis placitum munuisse, & funeris impensa, casu hoc modo supposito, optimo maximoque iure inter debita feudo inhærentia referes. Legem enim dant pacta negotiis ciuilibus, & ad ea cumprimis in feudis respiciendum est. Solent quandoque pactis illustrium gentilitiis, præter successionis modum, ea quoque definiri, quæ ad successionis agnaticæ onera pertinent. Interest cumprimis, ut hoc fiat, quando ius primogenituræ, aut maioratus, in gente quadam nobili inualuit. Licet enim insignia prorsus sint territoriorum & familiarum emolumenta, quæ eius generis successionis ratio adfert; iubet tamen æquitas, ut, a successionem exclusis, de apanagio, & portione alimentaria, prospiciatur, quo etiam funeris sumtus referri consueuerunt. Obligant eius generis conuentiones: velut leges quædam gentilitiæ & domesticæ, omnem paciscentium progeniem, & ut ferunt mores Germaniæ, familiarum salutis & æternitati prospiciunt. Porro nihil obstat, quo minus successor, citra hypothecæ constitutionem, impensæ funerariæ solutionem promittat; sed quæ hac ratione concipitur stipulatio, non alios, quam promittentem, aut, qui eius personam, hereditario iure, repræsentant, obstringit, nec feudum reali iure adficat. Ea enim est conuentionum natura, ut tertio nec prosint, nec noceant. Finge ergo eum, qui proximam successionis spem habet, debitum funerarium in euentum mortis promississe, & antequam sese ære hoc alieno liberauerit, decessisse, feudumque ad alium ex agnatis, aut simultanea investitura potitis, transmitti; hos antecessoris facto, pactum, nullatenus teneri, certissimum est; nec hoc casu impensa funebris, pactum promissa, feudi onus, aut in censu, debitorum feudalium callocanda, sed a vasalli promissoris heredibus exigenda est.

XVII.

Nec versio in feudi utilitatem debitum funerarium successori imponit, *In debito funerario nulla versio in rem feudi occurr. t.* quamuis illa inter iustissimas onerum feudalium causas referri soleat. Ita const. XLVI. sæpius in partes vocata, qua Saxones onerum feudalium indolem metiantur, conceptis verbis, meliorationum, siue ut verba legis habent:

x) G. STRVV. S. L. F. c. 14. §. 24. & STRYKTI diff. de oblig. feud. consens. munica-

bent: wenn die Schulden in nützliche Besserung des Lehn-Guths gewendet, eiusque pecuniæ, qua ipsum feudum comparatum, mentionem facit. Eandem æquitatem *ius Longobardicum* agnoscit ¹⁾ eiusque interpretes tuentur. Ex duplici vero causa cum primis versio in feudi utilitatem colligitur, altera, si aucta vel seruata prædii substantia, redditusque, altera, si onus, quod feudum premebat ære alieno, auersum extinctumque, adeoque velut feudi negotium gestum fuerit. Sed nullum horum quadrare ad funus impensam, res ipsa loquitur. Oneribus enim absolutis feudi debitum funerarium annumerare extra casum pacti, vel citra legis dispositionem, prohibet iuris analogia, idque vlla ratione statum prædii adficere, vel mutare, nemo sanus dixerit. Siue vasalli funus splendide ductum, siue neglectum, nec meliorem fundum clientelarem successor, ut est in l. 3. §. 2. D. *de in rem verso*, nec deteriore habiturus est. Eleganter rem expressit GEORGIUS BAYE-
RVS, ²⁾ decus, dum viueret, huius academix, *sumtus funeris* inquit, *non in utilitatem feudi, sed quodammodo in utilitatem vasalli defuncti cedunt; non qua vasallus fuit & feudum possedit, sed qua homo est.* Cum ergo quæ ex versione in rem alienam oritur, non nisi versione probata, actio detur, ipsaque sumtuum funebrium qualitas ad feudum relata, probationi versionis resistat, consequens est, nihil præsidii, credito funerario contra feudi successorem inde accedere.

§. XVIII.

*Sumtus fun-
neris mori-
bus ad debi-
ta feudi
subsidiaria
referuntur.*

Restat, ut dispiciamus, an funeris expensæ inter *debita subsidiaria* locum obtineant. Idque vno ferme omnes ore profitentur, qui iuri dicundo in Germania præsunt. *Moribus* hanc sententiam inualuisse, aiunt, eamque æquitate & pietate subnixam, legibus quoque quarundam prouinciarum propriis robur accepisse. Videamus ergo de his paulo curatius, interpretationes, & responsa prudentum, magnæ apud Romanos fuisse auctoritatis, adeo, ut iudici ab iisdem recedere non licuerit, & sub imperatoribus cum primis ad iuris scripti vim ferme conualescerent, notissimum est. ^{a)} Quod licet a nostræ ætatis patriæque moribus, alienum sit, non tamen omni auctoritate receptæ in foro legum interpretationes, æquitatis ratione, iurisue analogia firmatæ, destituuntur, easque sententias, quibus suprema longo vsu adsueuerunt tribunalia, præ ceteris sequimur. In dubiis enim quæstionibus quæ tutior, via eligi potest, quam imperantis impetrare decisionem, aut si hæc haberi nequeat, inquirere, ut monet *ICtus* in l. 37. D. de LL. *quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus usa sit.* Inde enata, & in nostris dicasteriis non incelebris obseruantia, quæ defectum iuris supplet, obscuris legum articulis lumen adfert, & duriora ad æquitatem reducit. Idque eo cum pri-

¹⁾ II. f. 28. §. si vasallus HARTM. PISTOR. l. 2. q. 42. ²⁾ in delin. l. feud. p. 92.
n. b. ^{a)} V. FORNERIVM rer. quot. l. v. c. 3. Grauna de ort. & prog. l. c. 43.

mis casu rectissime accidit, quo legumlatores, ob dubias factorum circumstantias, iudicantium arbitrio locum relinquunt. Exemplum ipsa serenissimi Saxonis constitutio XLVI. P. II. præbet, qua relatis debitis præcipuis, feudi successoris onerantibus, adiicitur clausula, in solchen und dergleichen Fällen. Certe non aliud voluit prudentissimus legislator, quam quod scriptum est ab ULPIANO in l. 13. D. de LL. quoties lege aliquid introductum, bona occasio est, cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri. Inde recte adseritur, ea, quæ certam iuris regulam non habent, discreto iudici arbitrio esse definienda. Nec ius feudale deductas ex obseruantia curiarum veritates respuit, sed easdem potius, optimo iure inter palmaria controuersiarum decidendarum fundamenta refert. ^{b)} Quamuis vero maxima consuetudinum forensium vis sit, legisque effectum habeat; rei tamen indoles requirere videtur, vt *sufficienti æquitatis ratione*, & *constantii iudiciorum praxi* firmetur. Cumque *subsidiariam* successoris feudalis obligationem, ad soluendam funerariam impensam, moribus & obseruantia a quibusdam defendi dixerim, monet tractationis ordo, vt de utroque obseruantie requisito adstruendo in hac causa dispiciam.

§. XIX.

Superfluum foret & inconsultum, omnes qui per secula obuenerunt, ^{Obligatio} casus, de funeris impensa, dicasteriorum sententia decisos, colligere. Suffi-^{subsidiaria} ciant aliquot exempla, quæ hætenus adfertis robur & auctoritatem concilia-^{successoris} re, aut allegatæ obseruantie veritatem euincere, possunt. Eo enim maxi-^{responsis &} me tendit tractationis scopus, vt, in hac causa omnino dubia, eam, quæ ^{sententiis di-} *in subsidium* obligat successorem, sententiam præualuisse, nec ratione desti-^{firmatur.} *firma* tui, probemus. Prodeat vero in hanc scenam ingens quondam iurisprudentiæ huiusque academici decus, CASPAR ZIEGLERVS, cuius notata ad O.P.S. t. 42. dabimus integra. *De vasallo defuncto quæritur, si nihil habuerit in bonis, annon impensæ funebres faciendæ & exigendæ sint a feudi successoribus agnatis? Negat* CARPZOVIVS P. 2. C. 46. D. 36. *affirmat* STRVVIVS *disp. feud. 14. num. 20. cui adstipulantur*, I. B. COSTA *remed. subsid. 83. in fin.* STEPHAN. GRATIAN. *discep. for. c. 94. n. 27.* DIDAC. SPINO A CACEROS *de testam. gloss. 19. n. 33.* MAR. ANT. PEREGRIN. *de fideicom. a. 40. num. 19.* I. P. SVRDVS. D. 255. n. 15. ANT. D. PADILLA *ad l. 67. §. 9. de Falcidia n. 11. D. de leg. 2.* Et ita pronunciarunt olim non domini Halenses tantum apud Struu. dict. loco, sed & domini Ienenses a. 1659. m. Sept. in causa Helenen Marien v. Dannerwitz contr. Hanns Ant. v. Carchesien, & Witebergenses m. Sept. 1658. in causa Sophien Annen von Leipzig contr. Georg Friedrich von Leipzig. Ob.

^{b)} v. II. f. 1. §. 1. II. f. 9. §. 1. c. 13. X. de iud. STRVV. S. I. F. p. 39.

Observauit tamen in iudicio appellationis praeualuisse sententiam Carpzouii, etsi non desint, quæ in contrarium moueri queant. Idem notauit præiudicia, ut dici solent, quibus in *subsidiu* successor ex causa funeraria obligatur in collectione decisionum, quam edidit, dec. VI. Ita porro de debito funerario iudicat HORNIVS in *iurispr. feud.* p. 423. *Fateor*, inquit, *hanc sententiam humanam esse, sed cum constit. XLVI. P. II. fileat, dubium est, an in nostra Saxonia inueniat locum.* Pergit ICTUS c. l. testaturque, inclytum, quod Vitembergæ floret, *ICTorum collegium*, ex sententia plurium, respondisse semel atque iterum, expensas funeris in *subsidiu* ex feudo soluendas esse. Hanc opinionem, re forte exactius pensitata, iudicando secutum, & Carpzouii partes deseruisse, supremum, quod Dresdæ causas prouocationum iudicat tribunal, termino æstiuo a. 1676. in Bünau und Preßken-Gieffensteinischen concursu, & a. 1676. in Herrlangwitzischen Concursu, testis est RLVINVS in enunciat. p. 1487. additque, *ICTos Lipsienses* a. 1661. in causa des Brand Arnstädischen concursus, rationes decidendi, quod funera sumtus attinet, sequentem in modum expressisse: *Nach bewährter Rechts-Lehrer Meinung sind des Lehn-Mannes Begräbnis-Kosten aus dem Erbe zu entrichten, wenn aber bey entstandenen Concursu kein Erbe vorhanden, oder so viel darinne nicht zu befinden, etwas aber nach abgetragenen Lehn-Schulden (intelligunt his verbis sine dubio debita feudalia absoluta) an Kauff-Geldern vom Lehn übrig bleibet, so werden sie nicht unbillig davon bezahlt.* Nec silentio prætermittendus est STRVVII ^{c)} locus, iam supra nobis notatus, calculumque nostræ sententiæ ex deciso Hallensis scabinatus de a. 1590. addens. Sed, quo STRVVIVS utitur, argumento, a filia, antequam nubat, decedente, impenſa vasalli successoris funeranda, ad funus vasalli decessoris ducto, parum roboris inesse videtur. Alia enim filiaratio, cui cum alimentis, funeris quoque sumtus, ex recepta inter ICTos opinione, & velut in solatium negatæ successionis in feudum, addicitur. Complura ICTorum Ienensium responsa in hunc sensum concepta, lege, si lubet, apud RICHTERVUM, ^{d)} & WILDVOGELIVM. ^{e)} Præstat quoque, quem supra inter promachos nostræ adsertionis laudauimus, insignis Germaniæ ICTus, MEVIVS, causæ patrocinium, qui dogma, de subsidiaria successoris obligatione, summi tribunalis Wismariensis adplausum meruisse, refert. ^{f)} Digna sunt, ut adscribantur, & confirmant nostra, quæ habet MEVIVS: onera, quæ tantum feudo incumbunt, non alia reputamus, quam quæ ex lege, vel consuetudine talia, reddita sunt; cetera qualiacunque sint, tantum vasalli onera existunt. Ad hæc etiam referimus impenſas funebres, tanquam nec per ius commune, nec per prouinciale in istorum classem relatas. Quo-

ci-

^{c)} S. I. F. p. 321.^{f)} D. 124. P. II.^{d)} in tr. de conc. cred. p. m. 160.^{e)} resp. 245.

circa funerari debet vasallus quisque ex bonis allodialibus, tanquam suis propriis, non ex feudo, cuius ususfructus tantum ad illum pertinet. Ideo si successor, sepulturae mandauit, tanquam alienum negotium gerens funeraria actione, sumtus ab heredibus repetit. Si tamen hereditas honestæ vasalli sepulturae non sufficit, ex feudo debentur impendia, eaque in subsidium sustinet successor.

§. XX.

Approbant sententiam, quam fori usus recepit, leges nonnullarum prouinciarum. Dabimus exempla, quæ ad manus sunt. Venit in hunc censum, & cum primis commemoratione digna est de debitis feudali-^{Leges quædam scriptæ de sumtu funeris in subsidium ex feudo sol- uenda.} bus *constitutio ducatus Magdeburgici* quam exhibet *ordinatio politica* C. VIII. §. 28. Ita vero legis verba fluunt: Alldiemeil in denen Lehn-Recht-ten. was eigentlich Lehn-Schulden seyn, deutlich nicht enthalten, auch un-ter denen Rechts-Lehrern darüber unterschiedene Meinungen sich befinden, so haben wir nöthig zu seyn ermessen, solches in diese Policen-Ordnung zu verfassen. Sehen demnach und ordnen, daß vor Lehn-Schulden, welcher der Lehn-Folger zu bezahlen verbunden, nachfolgende geachtet werden sollen: 1. was nothwendig, ohne undienliche Pracht, auf des Verstorbenen Begräbniß verwendet, im Fall dazu in *Allodio* keine oder nicht gnugsame Mittel vorhanden. Porro in *constitutione Marchica* de a. 1723. Wie es wegen der Succession, und Consens der Agnaten, zu halten, quam vide sis apud LVNIGIVM g) inter debita, quæ consensu suo munire iubetur successor, referuntur Begräbniß-Kosten, Trauer-Wagen, und Pferde, & paulo post additur: Es hatten aber die Güther, wovon die Agnaten die gesammte Hand haben, nicht anders, als in subsidium, und dürffen diese letztere Posten aus denen adelichen Güthern nicht bezahlt werden, als im Fall kein ander Vermögen und Allodium zu deren Bezahlung vorhanden. Sic in *constitutione* de feudis *Nouæ Marchiæ* h) a. 1724. condita, funeris impensa inter debita subsidiaria refertur, & quæ §. 7. ibidem habentur, cum primis notanda sunt: jedoch dürffen sie diejenigen Schulden, wofür die Güther nur in subsidium hatten, ob gleich consentiret haben, anderergestalt nicht, als wenn zu deren Tilgung die übrige Allodial-Verlassenschaft nicht zureicht, bezahlen.

§. XXI.

Uterius non prætermittendum silentio, dari in Germaniæ prouinciis ^{Soluit sum-} feuda, quæ, generali legis dispositione, pro quouis debito hereditario ob-^{tus funeris} ligantur in subsidium. De *Pomeraniæ* clientelis, rei originem, & singula-^{successor, si} ris huius iuris effectus, MEVIUS i) & *Megapolitani* iuris indolem ^{ex lege feu-} TOR-^{dum æs alie-} NO-^{num in sub-}

g) in corp. I. F. P. II. p. 870. §. 3.
XXXVIII. & XLIV..

h) vid. eund. p. 336. §. 78.

i) cons. ^{sodium fert.}

NOVIUS ^{k)} exposuerunt; ex quorum traditis patet, vtramque eodem in ple-
risque iure vti. Etsi ergo, qui in eius generis feuda succedit, æs alienum,
excusso allodio, soluere tenetur; non tamen omni vsu destituitur distinctio
in debita feudalia, & hereditaria, nec sumtus funeris mutat naturam, aut
in feudale onus absolutum transit, sed durat eiusdem, quam iure communi
habet, qualitas, qua non nisi in subsidium nouo vasallo incumbit. Ita
enim de eodem differit MEVIUS *l.c.* Wie denn in Pemmiern zu Lehns-
Schulden gemacht seyn, welche sonst proprie onera vasalli seyn, als zum
Exempel die Impensæ funebres, Trauer-Kleider, Wagen und Pferde &c.
& paulo post: Darbey der Unterscheid zu halten, daß die onera feudi, quæ
vere & proprie talia, allein aus den Lehnen abzustatten, obgleich der Lehn-
mann sonst ansehnlich begütert wäre &c. Vor die übrigen aber, so onera
vasalli seyn, jedoch jetzt gedachtermassen zu Lehn-Schulden werden, hafften
die Lehne nur in subsidium.

§. XXII.

*Honestæ &
pia est suc-
cessoris obli-
gatio ad fe-
rendas fune-
ris impensas.*

Qui ita sentiunt, aut leges in hanc sententiam conceptas explicant, ple-
rumque ad argumentum, ab *honestate* & *pietate* desumptum, prouocant. De-
cessoris obli-
gatio ad fe-
rendas fune-
ris impensas. cori quoque rationes in subsidium vocant, cuius cura cuius probo eo acrius in-
cumbit, quo enixius bonæ famæ studium generosas mentes stimulare solet.
Quæ vero sub his terminis lateat sententia, quæue veri specie defendatur, videamus?
Vsu inualuit, vt quæ officia iure perfecto, & per actionem forensem
exigi nequeant, sed quorum adimpletio conscientiæ & pudori hominum relin-
quitur, & quorum obligatio ab occultis cuiusque rationibus, quas quilibet
aestimare debet, maxime dependet, *honestatis* elogio nuncupentur. Cum
ergo eius generis obligationes impune negligi queant, nisi lege ciuili, aut
pacto, iuris necessitatem acceperint, recte hoc sensu PAVLVS in l. 144.
D. de R. I. *non omne, inquit, quod licet honestum est, & SENECA in Octauia,*
id facere, ait, laus est, quod decet, non quod licet. Idem ferme *pietatis*
vox, sensu magis morali quam theologico, supposita, exprimit. Et huc
mihi referendum videtur imperatoris ANTONINI exemplum, quem singu-
laris clementia *Pii* cognomine ornauit. De ALEXANDRO SEVERO refert
LAMPRIIVS, diem nunquam transiisse, quin aliquid mansuetum, ciuile,
pium faceret. Porro, non infrequens esse nouimus, reuerentiæ, amici-
tiæ officia, *pietatis* nomine insigniri. Singula hæc probant, eum maxime
honestum, piumque adpellari, qui virtutis & probitatis studium vita & mo-
ribus exprimit, nec ad solam iuris stricti regulam, sed potius ad amoris &
benignitatis legem, actiones suas componit. Hæc si ad funerariæ impen-
sæ præstationem adplicentur, eo videntur redire: suadere *honestatis* & *pie-
tatis* rationes, ne funus vasalli, præter feudum nihil relinquentis, vnde
effer-

^{k)} in tr. de feud. Megapol.

effferri possit, negligat successor, nec iniquum esse, vt lege aut consuetudine ad hoc adigatur. Iuuant hanc adsertionem complures, quae in successionis clientelaris causa occurrunt, circumstantiae. Sanguinis vinculum, & propriae gentis honor, primas in hoc censu tenent. Quodsi successorem, non sanguine iunctum, sed vi pacti & simultaneae inuestiturae duntaxat ad successionem adspirare, supponas, amicitiae singularis cum defuncto cultae, documentum habes, quae si vero, si sincero adfectu culta, turpe sibi ipse ducer, dehonestare amici exuias. Et eo mihi Ictus in l. 28. D. *de R. & S.F.* respexisse videtur, quando maritum ad funus vxori, nec patrem nec heredem habenti, ducendum, in quantum facere potest, condemnat, raddita atione, ne iniuria eius videretur quondam vxor eius insepulta relinqui. Et licet ad feudum per simultaneam inuestituram vocatus, multum domini directi gratiae debeat; non minus tamen primi adquirentis liberalitatem experitur. Onerat famam, & conscientiam mordet, iuncta tenacitati, ingrati animi labes. Modica enim plerumque est funeris impensa, si ad praedii clientelaris valorem referatur. Cumque iis, eorumque posteritati, qui nobis bene cupiunt, ad reuerentiae officia obstringamur, ipsa vero sepultura, secundum decori ciuilis modum suscepta, sit velut de defuncti praestantia testimonium, & quoddam quasi monumentum vitae laudabiliter transactae, indecorum vasallo successoris videtur, famae, honori, memoriae decessoris sui, funeris denegando impensam, data veluti opera inurere notam.

§. XXIII.

Porro publicam vtilitatem obtendunt, quae funeris sumtum commenda-^{Successori} dat & praelationis priuilegium huic impensae peperit: ex quo consequitur ^{potius quam} vt, licet vasallum successorem ab aere alieno hereditatis iura nostra liberent ^{fisco funeris} aliam tamen & fauore singulari dignam funerariae causae rationem putent. ^{impensa im-} Vt corpora insepulta relinquuntur: inhumanum & nocium recte dicitur. ^{ponenda.} Necessitas ergo, quae in aliis quoque causis, exceptioni a regula praebet ansam, videtur excusare iudicem, onus funerarium extra ordinem alicui iniungentem. Sic non obstat dotis priuilegium, quin impensa in funus vxoris erogata, aes alienum dotis in l. 18. & 19. D. *de rel. & S.F.* dicatur. Non commode sepultura sine sumtu suscipitur, postquam certis personis ex humatione corporum lucri occasio indulta fuit. Quodsi ergo feudi successor huic oneri subtraheretur, nec ob allodii defectum, heredem haberet defunctus, onus hoc aut sanguine iunctis, quibus nihil prorsus lucri adfert mors defuncti, aut aerario publico, esset imponendum: illos ad sepeliendum cogere, aequitati contrarium videtur, cum iam satis durum fatum hereditatis inanis experiantur, hoc defendit, a praestatione sumtus funerarii, publicae causae fauor, fisco ob salutem rei publicae concessus, quem seruare omnino, & a modicis etiam impensis liberare, interest. Optima ratio esse dicitur,

tur, quæ pro fisco facit. Quæ legum ciuiliū scopus primarius, publica utilitas, sola effecit, vt complura contra communes iuris regulas admitterentur. Cedant ergo & in hac caussa commoda priuata, publicis, & anteferatur caussa damni publici, priuato compendio. Sequatur impensa funeris eum, ad quem deuoluuntur bona defuncti. Successor enim, siue ius succedendi ex defuncti facto acquisierit, siue illud ex prouidentia maiorum profectum, morte eius ad celeriores effectum deductum fuerit, propter lucri acquisitionem, longo æquius funerario debito oneratur, quam quod ferendis publicis impensis destinatum est, ærarium.

§. XXIV.

*Nec filius
aliter quam
in subsidi-
um tenetur.*

Filium non posse feudo potiri, nisi heres patris factus fuerit, adeoque eundem oneribus hereditariis subiici, Longobardico non minus, quam Saxonico electorali iure, sancitum esse, suo loco monuimus. Inde quo certius colligitur, eum onus impensæ funerariæ frustra recusare; eo tutius adseritur, non aliam quam subsidiariam & deficiente demum allodio, efficacem esse, successoris in feudo obligationem. ^{l)} Quam validum enim sit reuerentiæ pietatisque vinculum, quod filios famæ honorisque paterni studiosissimos esse iubet: tantum tamen illud æquitas; & feudalis successionis natura, efficere non patiuntur, vt hereditate, expungendo æri alieno sufficiente, ipsum feudum ad conditionem mere allodiam redigat, licet emptum, aut ex alia caussa onerosa, acquisitum sit. Extra controuersiam aleam hæc posita putamus. Sed placet vnā alteramue obseruationem addere. Notum est decretum Longobardicum, quod filium in feudum succedentem debitis paternis subiicit, alibi reprobari penitus, eique vsu & consuetudine permitti, allodium, mediante beneficio inuentarii, susceptum repudiare. ^{m)} Quo supposito, emergit quæstio, an debitum funerarium quod non feudi sed allodii æs alienum est, feudo retento, soluendum sit in subsidium? Sed nulla subest ratio, vt principia hæcenus adstructa deferamus. Si quem pietas ad funerandum adigit, filius certe is est, qui sine improbitatis nota supremum officium parenti debitum recusare nequit. *Conducit patriæ*, inquit CICERO, ⁿ⁾ *pios habere ciues in parentes.* Sanctissima est *ἀντιπελαργίας* lex, qua ad paria liberi tenentur genitoribus, & vti hoc de obligatione ad alendum probat ius ciuile in l. 5. §. 3 sq. & 19. D. de agnosc. & al. lib. ita ad funeris impensas eadem dispositio rectissime applicabitur. Cumque de agnato & simultanee inuestito eadem hucusque adserta fuerint, non alio filius vtetur iure, qui, repudiata hereditate, solo agnationis vinculo, feudum acquirit. Tinguamus porro filium, postquam feudum, vna cum obærata patris hereditate, suscepit,

^{l)} v. CARPZ. p. II. C. 46. D. 5. ^{m)} v. quæ habet Dñ a LVDEWIG in. Dp. de oblig. succ. c. 6. & STRECKERI disp. cui titulus: dubia vexata maximam partem feudalia. ⁿ⁾ offic. L. II. c. 23.

pit, ære alieno, & expensis funerariis nondum solutis, decessisse, feudumque ad successores, euentuali inuestitura munitos, deuolui, an hi iuste recufare funeris impensam queant, forensi disquisitionum concertatione memini. Non defunt, qui hoc casu omne æs alienum ex feudo soluendum euincunt, ^{o)} idque ideo, quia, ex quo filius, debitis paternis summo iure onoxius, suscepit feudum, illa ipsam feudi substantiam adficere coeperunt. Sed gratis hæc proferri in medium, indoles successionis singularis probat. In manifesto versantur errore, qui æs alienum hereditatis pro onere feudi habent, & impingunt in iuris certi regulas, qui ex filii obligatione, iniquam agnatis conditionem inferendam statuunt. Sed quid hæc ad funeris impensam, quam pietatis & æquitatis ratio ab aliis hereditatis oneribus distinguit. Si in hereditate filii quicquam superest, creditor funerariæ impensæ inde suum consequetur, inter concurrentes creditores, ex priuilegio causæ, collocandus: ast allodio prorsus deficiente, demonstrant, quæ hætenus exposuimus, non iniquam esse sententiam, feudi successoribus hoc, quicquid est funerarii debiti, iniungentem.

§. XXV.

Ea est subsidiariæ obligationis natura, siue illa lege, siue pacto nitatur, *Ante excus-* vt non, nisi deficiente principali, actionem producat. Non ergo dabitur *sum allodi-* contra successorem feudi funeraria actio, nisi excusso allodio, ^{p)} qui funeris *um non te-* impensa incumbit. Siue enim ex analogia iuris, quo fideiussores, sponsores, *netur succes-* mandatores, beneficio IUSTINIANI ex nou. 4. c. I. magistratusue, pupillo subsidiario nexu obstricti, ex sententia l. 5. C. de *mag. conu.* fruuntur; siue ex generalioribus æqui naturalis principiis, & ex indole obligationis subsidiariæ, exceptionem nondum excussæ hereditatis, deducas; id cerum est, cuiuscumque, excussionem ad ipsum fundamentum agendi, contra successorem feudalem, pertinere. Hinc recte GAILIVS, ^{q)} *tanta*, ait, *huius exceptionis non factæ excussionis, efficacia est, vt creditorem a limine iudicii, tanquam sine actione agentem, repellat.* Nec est, cur moueamur eorum opinione, qui allegationem non susceptæ excussionis ad apices iuris referunt, & a simplicitate iudiciorum bonæ fidei, & a controuersis, quas sola æquitas dirimit, alienam esse aiunt, ^{r)} potiusque ad argumentum l. 3. & 23. C. de *fideiuss.* respici volunt, quæ antiqui iuris seruant vestigia, & electionis arbitrium creditori addicunt, contra debitorem principalem, vel fideiussorem experiundi. Sed temere hæc adfirmari, facili negotio euinci potest. Quod enim magis ex bona fide procedit iudicium, quam tutelæ arbitrium, de quo sancitum legimus in l. f. C. de *diuid. tut.* licet tu-

o) CARPZ. l. c. D. 6.

VIVS P. H. D. 122.

n. 23 sq.

p) modum excussionis breuiter delineatum exhibet ME-

q) L. 2, obseru. 27.

r) WESEMB. conf. XL.

rum, conuentione mutuum periculum minime finiatur, tamen eum, qui administravit, si soluendo sit, primo loco, eiusque successores conueniendos esse, non ambigitur. Quin potius, quod ante ius in Nouellis constitutionibus expositum, Romanorum legibus inualuerat, ut teste CAIO ^{s)} in creditoris potestate esset eligere aut debitorem aut fideiussorem, contra quem agat, & iure codicis in l. 3. & 5. C. de *fideiuss.* repetitum, id omne ex propria Romanorum legislatione profectum, ^{t)} & a IVSTINIANO postea correctum, atque subsidiariæ obligationis effectus ad normam naturalis iuris exactus fuit, porro cum hæc excussionis nondum peractæ allegatio non totum ius actoris perimat, consequitur, dilatoriam causæ, quam dicunt, hanc esse exceptionem, frustra quibusdam in contrarium nitentibus, ^{u)} adeoque, ut iure civili in l. 19. C. de *prob.* & l. 12 sq. C. de *exc.* sancitum, & praxi seruatur, eandem legitime & tempestiue esse opponendam, quo neglecto, excidit quidem successor feudi, in casum deficientis allodii obstrictus, ordinis beneficio, ob renunciationem ex silentio præsumtam, sed saluo contra heredes regressu. Hanc enim sententiam stricta renunciationis indoles probat, & argumentum, ab adpromissoribus, pro debitore primo soluentibus deductum confirmat, quibus actione ex causa mandati, aut negotiorum gestorum prodita succurritur. v. l. 10. §. 11. D. m. l. 4. 5. de *neg. gest.* Illud tamen attinet monere, quod cum illa, quæ in ordin. process. Sax. de dilatoriis exceptionibus dicuntur, magis ad dilatorias processus pertineant, quam ad dilatorias causæ, exceptio excussionis etiam litis contestationi annecti & subiungi possit: quod etiam BERGERVS ^{x)} obseruauit.

§. XXVI.

Sumtus funeris nemo dum excendant iudex arbitratur.

Non tenetur successor funeris impensam ferre, quæ ultra modum facti est. Laudanda omnino gentium moratiorum cura, quam in minuendis funerum sumtibus adhibitam vetustissimarum legum memoria testatur. SOLONIS exemplum PLUTARCHVS refert, qui Atheniensium funerarias vanitates coercuit. Idam *decemuirali* legislatione sancitum, teste CICERONE ^{z)} nouimus. Et cum nostra ætas ab hoc vitii contactu non prorsus aliena sit necessarium videtur, ut de modo expensæ funerariæ addamus pauca. Seruare defuncti voluntatem, de modo funerationis expressam, iubet l. 50. D. de *her. pet.* & *non.* 22. c. 2. sed non, nisi congruam rationi & facultatibus. Ita MARCIANVS in l. 13. §. f. de R. & S. F. *ineptas*, ait, *voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si quæ alia superuacua, ut in-*

^{s)} in institut. L. II. tit. 9. §. 2. ap. SCHULTINGIVM in iurisprudencia ante Iustin. p. 157. ^{t)} curatius iuris Romani rationes explicat GYNDLINGIVS dp. cui titulus, singularia de beneficio excussionis capita. ^{u)} c. STRYK diff. de ben. excuss. c. IV. ^{x)} BERG. æc. iur. III. 3. 12. 7. ^{y)} de leg. L. II c. GRAVINA orig. p. 252. RITTERSH. ad L. XII. tab. C. I. c. 4.

in funus impendantur, non valere. Et VLPIANVS in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. Quid ergo, disquirat, si ex voluntate testatoris impensum est: grauitergue respondet: sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumtus rationem. Idque eo magis ad casum nostrum quadrare videtur, quo hereditatis inopia, onus impensæ funerariæ, extra ordinem feudi successoribus imponit. Porro ex æquo & bono, & seculi decoro locique moribus rem æstimandam quiuis facile perspicit. Aequum autem in l. c. accipitur in causa funeraria, ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, & ex bona fide; quo satis innuuntur fundamenta, quibus prudentis iudicis arbitrium adiuuatur. Dignitatis status, quo gaudebat defunctus, ratio habenda est, ne parca nimis sepultura in defuncti contumeliam vergat. Causa generali notione, negotii circumstantias exprimit, admonetque iudicantem, ne a dignitatis ratione, facultatum, feudique conditionem seiungat. Quo maior onerum feudalium cumulus, eo maiorem successor meretur fauorem. Insignem hæc consideratio ambitum habet, iubetque iudicem, ad defuncti mores, fata, e vita exitum, & reliqua, quæ pondus habere queunt, respicere. Interdum temporis ratio, ea etiam, quæ leges honestatis alias permittunt, aut requirunt, videtur prohibere. Addit ICtus, ex bona fide sumtus æstimandos, & ita sensum legis explicat, ne plus imputetur sumtus nomine, quam factum est. Vnde sequitur, iudicem, quæ sumtuum modum, & quantitatem concernunt, probationes quoque impensæ erogatæ, recte sub examen reuocare, ne auaritia inde improbi lucri caperet occasionem, unde pietatis documentum enasci debet. Et eo respexit O. P. S. R. ad tit. XLII. quando in concursu creditorum ex priuilegio sumtus funerum, locandos præcipit, nach dem Zustande des Schuldners Vermögen, und des Richters Ermäßigung. Sic senatum appell. Dresd. loco CC. Ioachimicorum L. adiudicasse, & in alia causa DCCC. thalerorum summam adprobasse notauit, RIVINVS 2). In cautionis vicem scriptum videtur in Land-R. L. l. a. 77. Mit sein (successoris) Rath soll die Frau das Begräbniß bestellet. Sumtus enim, qui approbante successore factus, in iudicio improbari nequit. Addemus his, quæ Augustissimus REX BORUSSIAE in constit. de hyp. & conc. §. 138. prudentissime sanciuir, licet casum moti concursus solummodo respiciant: Damit aber künftighin keines ungewissen und zweiffelhafften richterlichen Ermessens bedürffe, wie viel in Ansehung des verstorbenen Schuldners Standes und Vermögens an Begräbniß-Kosten anzusehen, und aus dem Nachlaß vor andern Creditoren zu bezahlen, wenn selbiges zu aller Befriedigung nicht hinreichend seyn möchte; So ordnen wir hiermit, daß in eines von Adel Concurs an Begräbniß-Kosten zugelassen

2) in enunc. ad d. t. O. P. S. en. 27.

50 Rthlr. die wenn das Allodium nicht zureichend seyn sollte, aus dem würckl. oder ins Erbe versetzten Lehen zu bezahlen, zu eines vornehmen Bedienten Bürgerlichen Standes auch 50 Rthlr. zu eines geringen Bedienten, Kauffmanns, oder Künstlers 30 Rthlr. zu einem gemeinen Bürgerlichen Begräbnisse 10. Rthlr. und solches kan der Sterbende, wenn er gleich ein mehrers verordnen wollen, durch seine Disposition in keine Wege ändern, zumahl in aller Ueberfluß, so auf Stand-Reden, Leichen-Predigten, Gastmähle, Leichen-Steine, und so weiter verwendet werden, billig hie cessiren müssen.

§. XXVII.

*Dubia circa
sumtus fune-
bres ex mi-
tiore sen-
tentia deci-
denda.*

Refert Ictus in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. funerariam actionem continere funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtum. Euenit inde, vt in censu & disputatione sumtum funebrium complura occurrant dubia, quorum nonnulla adicere placet. Conuiuia funebria, quae luxum plerumque alunt, & in computationes desinunt, reiecta RIVINVS l. c. notauit. Et recte hæc omittenda crederes, nisi ea apud nos inualuerit viuendi ratio, vt quaeuis euenta in commestationum occasionem vertamus quasi nihil sine Cerere & Bacho recte & decore perfici queat. Laudationibus & concionibus, quae in funerum solennibus ex inueterato more interuenire solent, litem mouere prohibent commoda clericorum, vsu & legibus firmata. Vestes, pepla, fasciae, quibus vidua, cognati, familia, tanquam publicis luctus indicibus, instrui solent, a sumtibus funeris recte separantur, nisi successorum liberalitas, pietatis sensu excitata, modicum indulgere, receptosque mores ad euitandum auaritiæ conuitium seruare velit. Luculenta est illa sanctio & ad rem pertinens, quæ habetur in artic. gener. c. 16. Es soll auch der unnützen Kosten und Ausgebung der vielen Trauer, Binden 2c. und andern, so bis dahero bey dem Begräbnisse an etlicher Orten gebräuchlich gewesen, und die Leute damit nicht wenig beschweret worden, gänzlich abgeschaffet, und mit Ernst darüber gehalten werden. Si fundo, quod tenuit defunctus, annexum ius patronatus ecclesiasticum, ferunt mores, legesque, quibus ecclesia regitur, permittunt: vt luctu publico instituto, honorem patrono defuncto testetur ecclesia. Modum luctus in Saxonia nostra determinauit rescriptum regium de d. 13. Mai. a 1718. superfluum ergo esse credimus, iis refutandis immorari, quæ contra luctus publici rationem ex institutis ecclesiæ veteris aut iudaicæ allegari solent. ^{a)} Solent altaria, subselliaque, chorus, organa musica signis lugubribus amiciri, cumque id citra sumtum fieri nequeat, ipsa vero patroni defuncti hereditas illi ferendo interdum impar sit, in disquisitionem venit, an ipsa ecclesia patronata, vel successor onus illud subire in subsidium cogatur, an vero rectius negetur, has impensas ad fune-
ra-

^{a)} BOEHMERI Dp. de eo, quod iustum est, circa luctum publicum §. 32. SCHIL-
TER I. can. L. 2. T. 1. §. 39. not.

rarium sumtum pertinere? Si Romani iuris regulam sequimur, vix locum inter funerarias impensas inueniet, quicquid in hanc causam erogatum est. Nec, si res cum creditoribus defuncti peragenda, iudicantis calculum hæc impensa facile merebitur. Ecclesia, licet sancto omnino reuerentiae vinculo obstringatur patrono, cui consequens videtur, vt luctus solennia, proprio sumtu, memoriæ meritisque patroni exhibeat; vix tamen piæ causæ fauor, aut quæ ecclesias parochiales plerumque premit, paupertas, permittent, vt ecclesiastico aerario luctus impensa imponatur. Quod si ergo cum ratione luctus ille susceptus est, cedit successoris pietas necessitati, & quod lex honestatis exigit, vltro præstabit. De marmore sepulchrali, ^{b)} epitaphiis, aliisque commendandæ seruandæque memoriæ defunctorum instrumentis: non est, vt plura addamus, cum ad hæc præstanda, stricto iure, ne heres quidem teneatur. v. l. 50. D. de her. pet. l. 37. D. de R. & S. F.

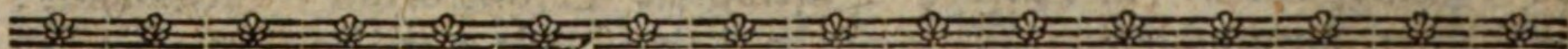
§. XXVIII.

Non sufficit erogatum quid esse *boni viri arbitratu*, sed & probandum, vt rescriptis Imp. ALEXANDER in l. 3. C. de rel. & S. F. Haec ^{Impensæ funerariæ probatio.} probatio ita adornanda, vt appareat, non superflue, & vere impensam factam esse. Duo in hac visione casus distinguendi. Fac enim subministrasse quendam pecuniæ quantitatem, eius postea arbitratu erogatam, qui curam funeris suscepit. Huic sufficiet, in causam funeris, seruato modo probabili, credidisse. Sed de eo intricatior est dispectio, an versionem in funeris causam probare teneatur creditor? Affirmantium partes tuetur MEVIUS ^{c)} ideo quod iniquum videatur, dari contra eum, quo cum non contractum est, actionem nisi eiusdem mandato, vel in eius vtilitatem versione, probatis. Sed animo potius creditum dantis, & causæ necessitatem respicientis, standum, nec difficili probatione in hac causa onerandum esse creditorem, complura vrgent. ^{d)} Nemo iure exigit a creditore vt ipse funus curet, dum credit ad funerandum. Quis beneficium, credendo in eos collatum, quibus onus funeradi incumbit, tam molesta opera rependere auserit? Liberat creditorem, exercitoria actione agentem, ICIUS in l. 7. §. 3. D. de exere. a cura dispiciendi, an in ipsam rem ob quam creditum, erogata sit pecunia. Luculentius argumentum l. f. C. de pign. suggerit, qua qui ad militiam redimendam mutuo dederunt, iure pignoris gaudent, licet debitorem ex eorum pecuniis militasse, non probauerint. Sufficit ergo funus rite ductum esse. Alter casus ipsum respicit, qui curauit exequias. Is vero primo loco impensas, exactius designet, non in folle, vt dici solet. Expendendum iudici, quæ cuiusuis expensæ causa, & an illa necessaria, modum.

H 2

^{b)} vid. Dn. præses de monumento secundum testatoris voluntatem faciendo. ^{c)} P. II. D. 223. ^{d)} vid. Dn. præses de priuilegio pecuniæ in certum vsum creditæ ex animo dantis æstimando.

dumque teneat, nec ne. Quo facto veritas expensæ iisdem probandi mediis adseritur, quibus in aliis causis utimur. Testium fides, apochæ eorum, quibus quicquam solutum, coniecturæ, & iuramentum eius, qui erogavit, adhibentur, eadem æquitatis ratione, qua IUSTINIANVS in l. 36. pr. C. de don. in erogatione donationis, ad redimendos captiuos facta, non plenas requirit probationes, sed standum esse sacramento administratoris voluit. Quin iure Lubecensi, impensam funeris nuda creditoris adsertione probari MEVIUS ^{e)} testatur. Quod rationem omnino habere videtur. Nec enim in negotio hoc domestico res ad apices iuris exactissime probationis regulas exigenda est.



XXXIII.

D I S S E R T A T I O

DE FIDE INSTRUMENTORVM
IN PRIMIS PVBLICORVM.

Germ. Von gericht- und außergerichtlich gefertigten Beweisschriften, deren Gültig- und Ungültigkeit vorm Richter.

VITEMBERGAE, AD D. VI. IUN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Elogium vi-
tæ practicæ.*

Cum omnis fere *iurisprudentia* in regendis ciuium *actionibus* in primis occupetur, & ipsæ *leges* sint *media* ciuibus præscripta, ut voluntati & finibus superioris satisfiat, quæ vana sunt & inania, vimque suam perdunt, nisi *ad vsum* rerum in foro accommodentur; apparet; sterilem & superuacuum esse *iurisprudentiam*, nisi cognitione legum in *litibus exercendis* aut diiudicandis maxime utamur. Hoc est, quod veteres, etiam sapientes, dixerunt, *theoriam* iuris, solam, fere *stramineam*, *praxin* vero *auream*, videri. Igitur nolim fidem habere quibusdam ceteroquin magnis viris, quibus fori strepitus & murmura clientium bilem mouent, & nauseam, ut lubricationum domesticarum delicias cupidissime deuorent, sed abhorreant publica causarum disceptatione. Enimuero horum aliqui non multum dissimiles sunt illis, qui omnem industriam in cultris & gladiis cudendis atque poliendis collocant, sed non solum uti gladio & cultro, atque secare ac scindere nesciunt, sed cultri etiam & gladii aciem sua sollicitudine obtundunt, ut nullus illorum usus sit in secando & scindendo: aut, qui arma tra-

cta.

^{e)} ad ius Lubec. l. 3. t. I. a. II. n. 38.

Etare docent, & tela etiam aliquando mittunt, sed in solitudine & remoto aduersario; ipsi vero damnant militiam, & congregari atque manus conferere non audent, sed campum fugiunt, in quo ingenium & virtutem experiuntur. Nimirum, qui ita sentiunt, vel verba legum tenent duntaxat, quod CELSVS ait l. 17 ff. de leg. sed vim ac potestatem illarum nesciunt, vel, si etiam recte in iurisprudencia versati sunt, tamen a rebus agendis atque administratione reipublicæ, quæ animum viuum & præsentem desiderant, propter pusillitatem animi & diffidentiam, penitus abhorrent, aut certe, quod videri malunt, *ius tamen formularium*, quod nostri *modum procedendi*, seu *processum* appellant, ferre omnino nequeunt, ut potius hæere in tenebris cupiant, quam illa *processus* barbarie contaminari. Illi quidem certe cogitare debuissent, neque *Romanorum formulas*, quas ipsi cum laude excutunt, omnino bellas atque plenas elegantiae fuisse, verum, quod res ipsa postulat, ad captum ciuium, inter quos lites exercentur, verborum euitandæ causa, accommodatas, ut confestim ex ipsa formula, quid partes peterent, intelligeretur; quod fieri commode vix posset, nisi singulis negotiis certa & definita formula præscripta esset. Mihi certe nunquam placuit illa elegantia, quæ vim & neruum efficacissimæ illius artis frangit & infirmat; quandoquidem omnis elegantia, quæ ab *usu* communi & societate hominum nos excludit, cum quadam mollietate coniuncta est: quam si fugerent magna illa ingenia, quæ in exquirendis deliciis artis nostræ occupantur, nescio quid præclarum & insigne in rempublicam ab ipsis proficisci posset. In præsentiarum quidem de *præficio* quodam *argumento*, & cui præcipue in bello illo forensi usus est, placuit quædam obseruare.

§. II.

Sed in ipso litigio forensi, seu *processu*, nulla dignior cura est, quam *Instrumenta*. ut de *probatione* cogitemus. PAVLLVS enim l. 2. ff. de probat. ei, qui dicit & agit, *probationem* incumbere, affirmat, & nihil agi, nisi *fides* factorum fiat iudici, a quo sententiam expectes. Neque enim potuit aliter illa disceptatio finire, cum inter *dissentientes* lis suscipiatur, &, quæ alter dicat, plerumque neget pars aduersa, donec, quod CELSVS ait, l. 13. ff. de probat., causa cognita, veritas excutatur. Quapropter VLPIANVS l. 19. pr. ff. de probat. & SEVERVS atque ANTONINVS l. 1. C. eod. idem etiam in exceptionibus obtinere docent, ut reus partibus actoris fungatur, & exceptionem probet, uti probationem intentionis ab actore expectamus. Igitur ausim affirmare, quod nulla lis forensis, nisi pacto & transactione litigantes rem componant, *sine specie* aliqua *probationis* finiatur. In ipso *processu executiuo*, quem vocant, & cum ex confessione partis iudiciali agitur, *scriptura* aut *fides iudicis* *probationem* liquidam continet, ex qua confestim de iure actoris cognoscatur. Omnis igitur vis litigii forensis in *probationibus*

bus, versatur, atque in *instrumentis* iudiciariæ probationis. Operæ pretium videtur, de illis pauca commentari.

§. III.

*Instrumenta
probationis.*

Sed *instrumentorum* quidem nomine, si *PAVLLVM l. 1. ff. de fide instrumentor.* audias, ea omnia accipienda sunt, quibus causa *instrui* potest, & erui veritas rei in iudicium deductæ; ideoque tam *testimonia*, quam *personæ*, id est, testes, *instrumentorum* appellatione continentur. Idem etiam *VLPIANO* visum est, qui *l. 99. §. 2. ff. de V. S.* perquam difficile quidem esse, ait, separare, quid *instrumentorum* appellatione comprehendi videatur; sed *personam* tamen, quæ instruere possit, & de gesto negotio testari, *instrumentum* dici posse, arbitratur. Eodem fere sensu *VLPIANVS* in alio argumento cum de *instrumentis fundi* disputat, & *SABINVS* in libris ad *VITELLIVM, l. 8. pr. ff. de instruct. & instrum.* omnia illa in fundi instrumento esse, docent, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandique gratia parata sunt, ut etiam *homines*, qui agrum colunt, & qui eos exercent, & qui illis præpositi sunt, ut admonitores & villici, *instrumenti* nomine contineantur. Haud multo secus *NERATIVVS* apud *PAVLLVM l. 13. §. 1. ff. eod. tit. instrumento* balneario etiam *balneatores* comprehendendi, ait, ut intelligatur, *instrumentum* omnia notare, quæ ad negotium cui accommodata sunt, perficiendum pertinent, ut res ad finem & effectum perducatur. Itaque ut *serui* & *vasa fundorum* instrumenta, ita etiam *testimonia*, seu *scripturæ*, & *personæ*, i. e. *testes*, videntur probationis esse *instrumenta*. Quapropter *GRATIANVS* cum collegis, *l. 25. C. de probat.* causam testibus inprimis instruendam esse, ait; ut constet, testes præcipuum esse probationis *instrumentum*. Certe *ARCADIUS* quidem *l. 1. ff. de testib.* testium inprimis usum frequentem & necessarium existimat, illorum maxime, quorum fides non vacillet: sed contra *GAIUS* *l. 4. ff. de fide instrument.* magis fere *scripturæ* confidit, quæ ideo fieri soleat, ut per eam *facilius*, quod actum est, probetur. *IUSTINIANVS* etiam *l. 14. C. de contrah. & committ. stipul.* in fine, *melius* per scripturam, quam per testes utique etiam idoneos, instruere probationem, ait. Quæ res effecit, ut magis fere *scripturas instrumenta* appellemus. Ita *instrumentum* emtionis ab *ALEXANDRO l. 4. C. de probat.* *Instrumentum donationis*, a *DIOCLETIANO & MAXIM. l. 18. & 20. C. eod.* & *instrumentum proprietatis l. 8. C. de fide instrum.* nominata sunt. Certe *CONSTANTINVS & IUSTINIANVS l. 15. & 18. C. de fide instrument. & §. 12. I. de inutil. stipulat.* instrumenta & depositiones testium, scripturam & testes idoneos, inter se opponunt; ut non sit locus dubitationi *instrumenta* specialiter & inprimis *scripturas*, quibus probatio instruitur, notare. Neque vero caret ratione, quod magis fere *scripturæ* quam testibus credamus in probatione; quando-

qui-

quidem instrumenta ipsius facti aliquod quasi vestigium & notas ab auctore expressas, ex quibus facti veritas intelligitur, continent, testes autem facile lubrica memoriæ facilitate imprudentes etiam decipiuntur.

§. IV.

Igitur *instrumentorum* nomine, si strictius accipiatur, *scripturæ* continentur. Certe veteres, inprimis GAIUS l. 4. ff. de fide instrum. PAULLVS ^{scripta eorumque san-} l. 4. eod. GALLIENVS l. 7. C. de probat. & VALENS cum collegis l. 24. C. ^{titas.} eod. *instrumenta* & scripturas promiscue appellauerunt. Quod ut plenius intelligatur, CALLISTRATVS l. 5. ff. de fide instrum. *instrumenta* dixit *litterarum consignationem*, VLPIANVS *tabulas* l. 6. ff. eod. MODESTINVS, *chirographum*: l. 24. ff. de probat. DIOCLETIANVS, scripturam, in quam rei gestæ *testimonium* conferatur, l. 12. C. de probat. PHILIPPVS *testationem* & *annotationem*, l. 5. C. de probat. DIOCLETIANVS & ANTONINVS alibi *epistolam*, l. 29. ff. & l. 13. C. de probat. inprimis *instrumentum natalium*, TERENCEIVS CLEMENS, l. 16. ff. de probat. & DIOCLETIANVS l. 14. C. de probat. & l. 6. C. de fide instrum. *professiones* scriptas, appellauerunt. Hæc igitur sunt instrumenta illa, quæ testibus subinde opponuntur. Illud attinet monere, præcipuum quoddam vinculum fidei veteres & singularem sanctitatem in *scripturis* quaesivisse. Nota est l. 16. C. de fide instrum. quamvis incertæ auctoritatis, quæ illum, qui *negauerit* scripturam à se confectam, & mendacii per comparisonem litterarum conuincatur, *solidis viginti quatuor* multauit. Aut omnia me fallunt, aut huc etiam pertinet, quod scripturæ in dubio credatur, & omnia, quæ in scriptura commemorata sunt, atque ad formam negotii pertinent, *solemniter* gesta esse censeantur. Certe IUSTINIANVS l. 14. C. de contrah. stipul. & §. 12. I. de inutil. stipulat. ait, si quis, conscripto stipulationis instrumento, neget, se illo die adfuisse, & stipulationem more solito contractam, non audiendum esse, qui talia alleget, nisi manifestissimis probationibus ostenderit, suspectam esse instrumenti fidem. Inprimis maiores nostri inter præcipua *dedecora* & indignitates, quibus etiam *natales* & ius imaginum contaminetur, habuerunt, si quis *fidem scriptura datam* fefellerit, & ab officio discesserit, quod dato chirographo adstrinxit. Luculenter moris prisce vestigia Mauritijs, Saxonum quondam princeps elector, in *ordinat. politica*, quæ an. 1550. prodiit, tit. Daß zwischen ehrlichen und verläumbdeten Leuthen Unterschied gehalten werde, expressis; dum nobiles hoc scelere contaminatos nobilium consortio excludit. Ita enim serenissimus legislator: Wo einer von Adel sein Brieff und Siegel nicht hält, und die andern dessen gründliche Wissenschaft haben, daß sie sich seiner gänzlich entäussern, keine Gemeinschaft mit ihm haben, sondern sich also gegen ihm erzeigen, wie ihre Vorfahren, in gleichen Fällen, gegen die Schuldigen gethan. Ex qua lege intel-

telligitur, hanc speciem doli maxime insignem esse, si quis officium scriptura obligatum deseruerit, & non solum promissi, sed etiam scripturae suae, immemor fuisse videatur. Quae res omnino habet rationem; cum deliberatius se obstringat, qui non verbis duntaxat se obligat, sed *conscribit* etiam promissionis instrumentum, ideoque minus excusate fidem fallit scriptura solenni obligatam. Sed maiores quidem nostri, uti ex lege iam adducta intelligitur, scripturam atque instrumenta, briefliche Urkunden, Brief und Siegel, Brieffe, appellarunt. Inprimis, *publica* instrumenta, Brieffe, nominata sunt. Insignis est locus iuris prouincialis Saxonici, in quo publica principum instrumenta Öffene besiegelte Brieffe appellantur. Ita enim collector. l. R. 42. Doch mögen die Fürsten gewären einem Mann, des, das sie ihm verkaufft oder geliehen hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt 2c. 2c. Den Brieff soll man antworten dem, auf den man klagt, zu einem Gezeugniß der Klage, ob er es darnach bedarff. Quo sensu, fere Romanos instrumenta subinde etiam *epistolas* dixisse ex l. 29. ff. de probat. & ex l. 13. C. eod. supra fuit obseruatum.

§. V.

*Instrumenta
publica.*

Sed quoniam *instrumenti publici* mentionem fecimus, attinet de speciebus instrumentorum, & de *publicis* inprimis, aliquid monere. Notum est, *publica*, *quasi publica*, & *priuata*, a doctoribus commemorari. Sed *publica* vel a *materia* appellantur, quae ad statum reipublicae pertinent, atque ab ipsis rerumpublicarum capitibus, publica auctoritate, conficiuntur. Hoc nomine *instrumenta pacis*, *recessus imperii*, & *publicae* imperatoris cum statibus *conuentiones*, appellantur. Sed alia ad *priuatos* pertinent, quae publica magistratus & *iudicis* auctoritate muniuntur, aut actis publicis insinuantur. Haec & ipsa *publica* dicimus. HONORIUS enim & THEODOSIUS l. 6. C. de re iudic. *publicam* fidem & monumenta *publica* appellat, quae coram iudice gesta & actis insinuata, perpetuam firmitatem nanciscantur. Idem in auth. ad haec. C. de fide instrum. charta, quae ex archiuo publico profertur, testimonium publicum habere dicitur. Ut ne possit dubitari, negotia priuatorum coram iudice tractata & conscripta, vim *instrumenti publici* habere. Illa quidem BALDVS *probationes probatas* appellauit, de quibus dici solet illud famosum: *noli me tangere*. Id quidem expeditum est, ne morte quidem iudicis aut cognitoris instrumenti fidem publicam perire. Quod HONORIO & THEODOSIO placuit, l. 6. C. de re iudic. Neque tamen cum illis facerem, qui omnia solennia in instrumento *publico* remitti censent, quod LUDOVICO visum est a). Enim vero, ut taceam receptionem testamenti iudicialis, donationis geradae, & similia, in quibus ille oppido fallitur; certe Saxones, etiam veteres praesentiam duorum *scabinorum*

a) LUDOVICI doct. pand. tit. de fide instrum. §. 4.

rum & iudicis desiderarunt, ut instrumentum iudiciale fidem publicam haberet. Ita enim L. I. Land-Recht art. 7. traditum est: Was er aber vor Gerichte thut, da soll der Mann nicht um schweren: denn das überzeuge ihm der Sachwaldige wohl, mit zweyen andern Mannen, und der Richter soll der dritte seyn. Ex quo loco non potest, esse obscurum, praesentia duorum testium iuratorum opus esse, qui sua affirmatione inficiantem reum mendacii, cum testimonio iudicis, conuincant: & nemo dubitat, *scabinos* intelligi, quibus in illa causa fides habeatur. Nostri, in electoratu Saxoniae in primis, praesentiam scabinorum, cum res actis insinuat, tam sollicitè non exigunt, si *testimonium publicum*, quod registraturam vocant, ab actuario & utraque parte subscribatur. Sed loci, temporis, & circumstantiarum diligentem annotationem, quae partibus praelegenda est, desiderant, ut ipsi fides habeatur. Quandoque etiam, si res suspecta videatur, iuramento suppletorio, quod parti iniungitur, vel purgatorio, quo actarius suspicionem diluat, locum damus. *O. P. R. tit. II. §. 6.* Neque enim sufficit, si actarius affirmet, nihil dolo malo a se factum esse; sed iureiurando comprobare debet, quod omnia, ut gesta sint, conscripserit. Certe *Dn. praeses* mihi indicavit, haud ita pridem *scabinos Wittenbergenses*, actarium, qui, propter suspicionem falsi, iurare iussus erat, quod rem, uti gesta esset, literis consignauerit, & in registraturam retulerit, poena arbitraria coercuisse, cum illud iusiurandum praestare recusaret; quamvis iurare paratus esset, quod nihil *dolo malo* retulerit in registraturam. Nisi igitur aliud quid obstat, creditur instrumento *publico*. Neque enim in Saxoniae electoratu reus ad diffensionem publici instrumenti admittetur, *decis. elect. 74.* Quod & veteribus placuit, qui negauerunt, iurari posse contra fidem coram iudice solenniter obstrictam. Ita enim Saxones *I. L. R. art. 7.* Wer etwas borget oder gelobet, der soll es gelten, und was er thut, das soll er halten. Will er es aber läugnen darnach, er erwehret sich des mit seinem Eyde, wo er es vor Gerichte nicht gethan hat. Was er aber vor Gericht thut, da soll er nicht um schweren. Imo vero in electoratu, quod constat, ne recognitione quidem instrumenti *publici* opus est, modo negotium coram iudice gestum, aut ab utraque parte, cuius interest, actis fuerit insinuat. Ita enim abscisse ab augustissimo legislatore in *ord. P. R. tit. 25. §. 2.* constitutum: Also sollen gerichtliche Acta und Instrumenta, so entweder über einen vor Gerichte getroffenen Handel gefertigt und abgefaßt, oder auch denen Gerichten, von denen contrahirenden Theilen, gebührend vorgetragen, und daselbst entweder confirmiret, und bestätigt, oder denen Actis publicis einverleibet worden &c. Ex qua lege certum est, illa, quae altero non audito, ab una duntaxat parte iudici exhibentur, vim plenam, sine recognitione, non nancisci, sed *decisionem 74.* in illis capitibus, in quibus non expresse correctum est,

est, etiam hodie vim legis retinere. Ceterum exceptiones contra *publicum* instrumentum, quod recognitione indiget, parti aduersae semper reseruantur *d. ff. 2. O. P. S. R.*

§. VI.

*Instrumenta
principis.*

Ita fere habendum est, de iudicialibus instrumentis. Haud multo secus de illis, quae nomine & auctoritate *principis* munita in iudicio subinde producantur. Neque enim disputatione indiget, litteris *principis* fidem esse, a cuius potestate omnis auctoritas iudiciaria proficiscitur & sancitur & defenditur. Illud tamen GRATIANO & collegis *l. 1. C. de mandat. princip.* placuit, ne cuidam nuncio, qui cum mandatis principis veniat, credatur, nisi sacras principis litteras exhibeat, ex quibus de eius voluntate possit penitus constare. Sed IUSTINVS & IUSTINIANVS *l. 2. C. eod.* admiserunt, ut, si de iudicis assessoris datione, aut de recte ferenda sententia aliquid praecipiat, fides esset iudici, modo, se non de scripto, sed ore a principe aut quaestore palatii, aut aliquo referendariorum, illud accepisse, protestetur. Ceteroquin *litterae* principis sufficiunt ad fidem faciendam: neque aliquis desiderauerit, ut, prater *principem*, aliquis consiliariorum, aut scribarum, mandatis principis, aut instrumentis ab ipso profectis, nomen suum adiciat; nisi haec forma ab ipso principe fuerit praescripta. Hoc postremum enim si lege definitum fuerit, certum est, illud negligi non posse, & inferiores habere causam dubitandi, ut haec seria principis fuerit voluntas, in qua declaranda modus, quem ipse praescripsit, fuerit neglectus: quod etiam GAILIVS ^{b)} observauit. Quamuis enim constet, nomen ab ipso principe subscriptum esse; tamen, si forma consueua sit neglecta, ignoratur, an non principem poenituerit consilii, an non in aliam partem abierit suasu amicorum, an non causa cognita discesserit a priori voluntate; cuius rei suspicio oritur, forma instrumenti ordinaria omissa. Ita LEO imperator *l. 6. C. de diuers. rescript.* mandatis suis fidem derogat, nisi cocti muricis, & triti conchilii ardore signata fuerint, & ipsius principis subscriptione confirmata. Igitur si certa rescriptorum forma definita fuerit, non immerito de principis voluntate dubitatur.

Sed, nisi grauius quid obster, solum *nomen principis*, maxime in causis gratiae, sufficit, ut rescripto fides habeatur. *Dn. praeses* mihi retulit, mense Ianuario anni 1732. eiusmodi speciem ab exteris quibusdam, ordini ICtorum Witembergensium oblatam. Aduocatus fisci possessorem fundi cuiusdam de tributis conuenerat. Reus, detrectata litis contestatione, *privilegium exemptionis* manu *principis* subscriptum, aëtori obieciebat, in vim exceptionis, quae litis ingressum impediret. Aëtor replicabat, *nomen principis* non sufficere, sed rem suspectam esse, quandoquidem neque *nomen consilia-*

^{b)} GAIL. I. obseru. 14. n. 6 seq.

filiarii, neque *scribæ* aut *secretarii* omnino, subiectum instrumento, neque copia illius priuilegii, in archiuo, & libris copialibus, quos vocant, inueniatur, in quos soleant omnia priuilegia referri: itaque dubitari non posse, quin malis artibus impetratum fuerit rescriptum. Sed Ictis visum est, illam exceptionem liquidam esse, neque propter has replicas, pro turbida habendum. Itaque remissa litis contestatione, ingressum litis impediri per publicum exemptionis instrumentum censuerunt: sed actorem tamen ad replicas probandas admisere: Daraus so viel zu befinden, würde Kläger die fol. 131 seqq. sub A. B. und C. producirten Documenten, wenn ihm solche nochmahlen in Originalibus vorgeleget werden, gebührend recognosciren, inmassen ihm sub pœna recogniti zu thun obliegt; so hat dessen Suchen nicht Statt; er könnte und wollte denn die darwider vorgeschükten Einwendungen binnen Sächsischer Frist, wie Recht, erweisen, dessen genösse er nicht unbillig, darwieder Beflagten sein Gegen-Beweis, und anderer rechtliche Nothdurfft, auch beyden Theilen die Endes-Delation, billig vorbehalten wird, ferner darauff zu beschehen, was Recht ist. Cui responso hæ fere rationes adiectæ sunt: Dieweilen Scriptura Principis die Vermuthung der Solennität und Richtigkeit vor sich hat.

arg. l. 14. C. de contrah. stipul.

LEYSER. meditat. ad P. T. I. spec. 7. n. 1. p. 63.

die sub & obreptio hingegen bey obangeführten Umständen nicht præsumiret wird, sondern allen Falls erwiesen werden muß.

arg. l. 6. ff. de probat.

GAIL. I. obs. cam. 14. n. 2. p. 28.

MENOCH. de arbitr. iud. II. cent. 24. c. 313.

ENENCKEL. de priuileg. l. 1. c. 6. n. 48. seqq.

Dahero die von Beflagten auf die angezogenen Documenta gegründete Exception, pro litis ingressum impediende, allerdings zu achten, mithin Kläger die darwieder gemachten Einwendungen, welche in altiori indagine beruhen, gebührend zu erweisen hat etc.

Vnum omittere non possum, quod Saxones veteres aliquando desiderauerint, vt litteræ principis per eius nuncium, viua voce, verbis expressis, confirmentur. Ita enim vetus collector 2. & R. 42. Doch mögen die Fürsten geweren einem Mann deß, das sie ihm verkaufft oder geliehen hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt, also, daß sie mitsenden einen ihren eingebornen Dienst-Mann, der das Guth vertrete, an ihre Statt.

§. VII.

Discedam ab instrumentis publicis, si de *notariorum* instrumentis quædam obseruauero. Notum est, quibus legibus & solennitatibus illorum si-

des sit adstricta. Illud admonendum est, non sufficere, si ab omnibus pro notario ille habeatur, qui scripsit instrumentum; sed vere creatum duntaxat non putatum notarium admitti. Quae enim *l. 3 ff. de offic. praetorum*. POMPONIVS & VLPIANVS de barbario Philippo reuulerunt, partim ad iudices proprie sic dictos pertinent, partim notario falso non patrocinantur, qui nunquam fuit notarius creatus. Barbari enim Philippi acta seruabantur, quia ipse a toto populo pro libero habitus, & praetor solenniter creatus erat. Certe in patria mea, in foro Norimbergensi, probatio producenti iniungitur, si de fide & creatione notarii excipiat. Ita enim expresse constitutum: c) So der Kläger zu Beweisung seiner Klage, oder der Beklagte zu seiner Defension und Gegen-Wehr ein Instrument gerichtlich auflegt, und der Wiedertheil dasselb anfechten würde, als, daß der Notarius unbekandt, und nit glaubwürdig oder nit legalis wäre, 2c. 2c. so soll derjenige, der sich des Instruments zu gebrauchen vermennt, beweisen, daß der Notarius, unverläumbd, glaubwürdig, und legalis sey, darauf, und des Gegentheils fernere Einred, ergehen soll, was Recht ist. Præterea in Saxonia electorali notarios nisi a facultate quadam iuridica Saxoniae examinatos, & a regimine Dresdeni immatriculatos non admitti, d) constat. Sed in terris imperii, omnium, qui legitime creati sunt, instrumenta fidem habent, si illa excipias, quæ in insinuatione processum cameralium desiderantur. His enim tunc demum creditur, si, productis scientiæ & dexteritatis suæ probatissimis testimoniis, matriculæ inscripti sint notarii. e) Cetera ex decantatissimis legibus apparent.

Vnum adicere non superuacuum est, quod MAXIMILIANVS I. f) tempore nocturno, sine suspitione, scribi instrumenta non posse, arbitretur. Sed lepidus est SIGISMUND. SCACCIA g) qui notarium falsi crimine absoluit, si instrumentum, quod noctu confecit, se interdum confecisse, asserat in instrumento. Imo vero pertinet ad officium notarii, ut non solum iudicer, quod noctu gestum sit negotium, sed causas etiam necessitatis, quæ illud tempus postulauerint, ingenue exponat. Ita omnis suspicio diluitur.

§. VIII.

Testes in instrumentis notariorum.

De subscriptione & commemoratione testium in notariorum instrumentis non prorsus inter legum interpretes conuenit. Inprimis inter HUBERVM h) & illustr. Dn. de BERGER i) lis de illo argumento intercessit. Enim vero nou. 73. cap. 5. subscriptionem testium necessariam esse, praecipit, ad fidem instrumenti. Neque enim tuto ad *l. 31. C. de donat.* quæ tabellioni, sine

e) ref. nou. ciuitat. Norimberg. de anno 1564. tit. VIII.

d) vid. mandat. de dat.

Dresd. d. 19. Febr. 1721. ordinat. process. recogn. tit. 2. §. 7.

e) Rec. Im-

per. de anno 1555. tit. 39 §. 1.

f). Ordinat. MAXIM. I. von Notarien §. 24.

g) de iud. caus. ciuil. L. II. c. 3.

h) HUBER. ad h. tit. §. 5.

i) de

BERGER ref. LAUTERB. ad h. t. p. 454. vid. SCHILT. exercit. 35. §. 21.

sine testibus, fidem habet, prouocabitur: cum forma notariis in nouella ab imperatore praescripta negligi non possit, sine publici instrumenti detrimento. Sed MAXIMILIANVS I. qui in multis capitibus a iure communi discessit, & notariis legem, quam sequerentur, dedit ^{k)} illud duntaxat, ut nomina & praenomina testium in instrumento notarii clare commemorentur, praecipit: Es sollen der Zeugen Nahmen und Zunahmen klährlich beschreiben werden, subscriptionem non desiderauit. Quare certius est, sufficere, si illud a notario obseruetur, cum & iure communi, quæ priuatorum instrumentis continentur, ita, uti scripta sunt, omnino gesta esse censeantur. *l. 14. C. de contrah. vel commit. stipulat.* Igitur non desideramus subscriptionem testium, si illorum nomina a notariis in instrumento, quod verum esse praesumitur, commemorentur.

Sed, uti solet lis e lite saepius enasci, ipsa hæc MAXIMILIANI I. verba, perpererunt aliam dubitationem, an *subscriptio* testium sufficiat, si illorum nomina non indicata sint in ipsis verbis instrumenti. Sed recte *illustris de BERGER* iudicauit ^{l)} satis esse, si testes nomina subscribant, modo indicatum sit in instrumento, quod testes illos, qui nomina subscripserint, notarius adhibuerit negotio administrando: Mit Zuziehung der Endes benannten Zeugen. Neque enim praeter necessitatem solennia facile augemus, neque negari potest, quod, & subscriptio testium sit pars quaedam instrumenti. Quare satisfactum est legi imperii, si nomina testium, in fine, clare, & distincte ab ipsis subscribantur. Quapropter valebit instrumentum, si vel nomina illorum a notario distincte commemorata fuerint, vel, sine commemoratione speciali, ab ipsis testibus subscripta.

§. IX.

Postquam de publicis instrumentis tractauimus, superest. ut de *quasi publicis* non nihil obseruemus. *Quasi publice* enim confecta, si ^{Quasi publica instrumenta.} LEONEM audias *l. 11. C. qui pot. in pign.* accipiuntur, quæ probatae & integrae opinionis trium, aut amplius, virorum subscriptione confirmantur. Sed horum quidem fides non omnino *publica* videtur: quandoquidem, nisi testibus, qui instrumento nomina subscripserunt, aut aliis, quibus de veritate gesti negotii omnino constat, auditis, & iurisiurandi religione obligatis, aduersus inficiantem nihil penitus probatur, &, testibus demortui, etiam iuratae diffessioni locus relinquitur; excepta vnica specie, si, iuxta *auth. si quis C. qui potior. in pign.* alii testentur, quod negotium legitime fuerit administratum. Igitur propemodum nihil distant a priuatis instrumentis, quorum diffessio pariter recognitione per testes subinde interuertitur. *Ordinat. process. R. tit. XXV. §. 5.* Sed hic tamen *quasi publici* instrumenti

I 3

prae-

^{k)} Ordinat. MAXIM. I. de anno. 1512. §. 5. ad tit. de fide instrument. p. 454.

^{l)} de BERGER ref. Lauterbach.

præcipuus usus est, ut quoties præsentia testium *ad formam* negotii pertinet, ex illo duntaxat efficaciter agatur. Certe *fideiussiones mulierum*, nisi instrumento publico, a tribus testibus subscripto, muniantur, ipso iure nullas esse, *l. 23. ff. ult. C. ad SCtum Velleian.* ^{m)} IUSTINIANVS præcepit, ut ne quidem SCti Velleiani exceptione opus sit ad illas infirmandas: quae necessaria est, si mulier in quasi publico instrumento fiderussit.

§. X.

*Nominum
obligatio.
Instrumenta
priuata.*

*Quid pro
scribente
probeat.*

Restat, ut de *priuatis instrumentis* pauca moneamus: quae postquam, quod *imperator* ait *pr. instit. de litt. obligat.* *Litteris* coepit obligatio fieri, omnium maxime in negotiis hominum & foro frequentantur. Olim quidem constat *scriptura* contractam esse obligationem, quae *nominibus* fieri dicebatur. Sed nomina illa, si THEOPHILO ⁿ⁾ fides est, ita contracta sunt, ut vetus obligatio per nouationem redigeretur in scripturam, quasi litteris duntaxat obligatio facta esse videretur. Ne quid tamen dissimulem, semper mihi suspecta fuit illa THEOPHILI sententia. Ne veteres quidem, dum scriptura comprehendebant obligationem, *animum nouandi* habuerunt. PAVLLVS *l. 2. ff. de fide instrum.* scripturam interuenire ait, ut contractus *fides* possit ostendi. Et inprimis GAIVS *l. 4. ff. eod.* fieri scripturas docet, ut, quod actum est, per eas facilius *probari* possit: & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. Neque vlllo alio loco idoneo, quod ego meminerim, doceri potest, nominum obligationem hoc consilio semper contractam, ut a priori obligatione discedatur.

Sed iam non vacat disputare de obligatione, quae nominibus fiebat. Illud tamen expeditum est, *foeneratores* debitorem scriptura obligasse, dum ipso praesente nomen eius & debiti summum in *Kalendarium* referebant; quod si etiam a debitore, ut fieri solebat, factum esset, ut & ille, quantum debeat, in suas tabulas retulerit, & vtriusque tabulae in iudicio producerentur; iudici fides de summa credita & obligatione debitoris facta esse videbatur. Illud ex MARCO TULLIO discimus. ^{o)} Ex qua re intelligitur, scripturam *pro scribente* aliquid probasse, si quid aliud accesserit, quo fides scripturae propriae confirmaretur. PHILIPPVS quidem *l. 6. C. de probat.* præcipit, ut rationes creditoris solae non sufficiant ad quantitatis debitae probationem. Sed, dum *solas* sufficere non credit; caret dubitatione, quod *aliquam* vim probandi illis largitus sit, si rationes & priuata scriptura, creditoris, argumentis aliis suffulcianur. Hoc inprimis in *publicorum redituum*, quorum summa per legem definita est *administratoribus*, qua appellatione etiam *curatores Kalendarii*, quos ARCADIUS CHARISIUS *l. 18. ff. 2. ff. de*

^{m)} BRUNNEM. in comm. ad. ff. ad l. i. de fide instrumentorum.

PHIL. pr. instit. de litter. obligat.

ⁿ⁾ THEOPHILO. ^{o)} CICERO pro Roscio, comoed. cap. I. vid. BRISSONIUS de form. L. VI. p. 356.

ff. de muner. & honorib. & PAPIRIUS IVSTVS l. 9. §. 7. ff. de administr. rer. ad ciuit. pertin. commemorant, continentur, receptum est, ut illorum rationibus credatur, donec debitores solutionem, quae non praesumitur, aut debiti diminutionem, idoneis argumentis comprobent. A domino praeside accepi, haud ita pridem curiam regiam & electoralem Wittenbergensem, in termino Erhardi, huius anni, eiusmodi sententiam tulisse, & has fere rationes addidisse: Dieweilen die von verpflichteten Einnehmern angegebene Reste, biß die in Facto beruhende Zahlung ausgeführt wird, vor gegründet zu achten, demnach dem Einnehmer dießfalls mehrerer Beweis nicht aufzubürden, vielmehr dergleichen Rechnungs-Officianten, in zweifelhaften Fällen, Glauben bezumessen 2c. 2c.

Neque vero GALLIENVS l. 7. C. de prob. me mouet, ut a sententia discedam; quamuis ille, ne fiscum quidem ex sua annotatione probationem debiti praebere posse, praecipiat. Enimvero GALLIENVS neque de administratoribus, quorum fides iureiurando adstricta est, neque de debitis fiscalibus, quorum quantitas lege definitur, & donec immunitas vel solutio aut remissio probetur, certa est, tractauit: quod utrumque si concurrat, nemo dubitat, vim non exiguam probationis in illis administratorum rationibus versari.

§. XI.

Desinam in hac scriptione, si vnum adiecero, quod PAVLLVS l. 2. Instrumenta ff. de fide instrum. praecipit, debitorem non ex indice aut exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico, conueniendum esse. Quo iure etiam hodie utimur. Sed illud dubio non caret, an exempla, quae a iudice inprimis facta sunt, nostri vidimatas copias appellant, omni neruo careant, & locum non inueniant inter probationis instrumenta. De documentis priuatis quidem certum est, nullam exemplis & copiis vim inesse, nisi debitor ipsum authenticum recognouerit, & eius fidem sua confessione confirmarit, aut de scriptura sua per testes conuincatur. Sed, si iudex testetur, debitorem authenticum omnino agnouisse, & exemplum authentico recognito prorsus conuenire; affirmare ausim, non negligendas esse eiusmodi copias in probatione. Ita etiam de publicis instrumentis habendum est, quorum exemplum, auctoritate iudicis munitum, non sine fructu usurpatur in probatione. Ad hæc si attendas animum, forte lis illa, quæ ao. 1726. in causa Marien Schüsslerin contra Marien Stelknerin, inter scabinos Lipsienses & ordinem iuridicum Lipsiensem intercessit, non incommode componi posset. Scabini certe non solum copias non admiserunt, sed aduocatum etiam, quod documenta vidimata, quae nihil probent, produxerit, s. thaleris mulctandum esse censerunt. Sed aliter ordini iuridico visum est, qui, interposita leu-

leutatione, consulti, responderunt: admitti copias in probatione: Nun-
 mehro aus denen Acten, und der Parthenen Rechtlichen Einbringen soviel
 zu befinden, daß 2c. 2c. die Documente sub C & D pro recognitis zu achten:
 his fere rationibus adiectis: Diweil Gerichtlich vidimirte Abschriften, vor
 solche Documente, sogar nichts beweisen könnten, und folglich nicht recognosci-
 ret werden dürfen, keinesweges zu halten. Enimuero, si de documentis
 iudicialibus, aut priuatis, a debitore iam recognitis, disceptatum fuit, non
 dubitem ordini iuridico, sin de mere priuatis nondum agnitis actum est, au-
 sim scabinis consentire. Rationi enim conuenit, exemplum nos plus, quam
 ipsum authenticum, probare. Quare, cum priuatum instrumentum nihil
 sine recognitione probare possit, sequitur, nullam vim inesse priuati instru-
 menti, nondum recogniti, exemplo. Præterea periculum est, ne per hæc
 exempla, & vidimatas copias, suscipio falsi, in authentico commissi, occul-
 tetur, neue per productionem exempli, facultas diffessionis debitoribus, arte
 obliqua, adimatur. Sed hæc quidem de priuatis instrumentis in mentem
 venerunt.



XXXIV.

D I S S E R T A T I O

D E M V T V O

FOEMINAE ALIIS CREDITVRAE
D A T O.

VITEMBERGAE, AD D. , IVN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Intercessio-
 nes mulie-
 rum suspe-
 ctæ infirmi-
 tas animi
 plerumque
 cum calli-
 ditate con-
 iuncta.*

Incredibilis est, non *virorum* duntaxat, sed etiam *legum*, in *foemi-
 nas* indulgentia, qua omnes ordines reipublicæ mirifice perturbantur, &
 negotia, etiam cum cautione insigni inita, obtentu *infirmitatis* muliebris,
 distrahuntur. Vix miseratione digni videntur Romani, quod foeminarum
 quibus gradu cedebant, quas *dominas* vocabant, quas laudatione, obsequio,
 assentationibus, corrumpebant atque excaecabant, quod foeminarum, in-
 quam, artibus & fastu, non solum possessionibus exuti & spoliati, sed, quod
 mulieres Romanae legem Oppiam impugnantes, ^{a)} & Papyrii adolescentis
 com-

a) LIV. 34. c. I.

commento excitatæ moliebantur, *b)* ipsa fere curia eiekti & deturbati sunt. Sed ego quidem nolim crabrones irritare. *Veteres magistri* artis nostrae plerumque *imbecillitatem mulieris ingenii* caussantur, dum foeminis succurrunt. Hæc enim non modo exultationem, sed illud etiam mereri videbatur, vt, cum cogitatio fragilitatis suæ moderationem & obsequium mulieribus inprimis suadere debuisset, nos contra, patiamur illas animi impotentia effcerri, omnia tentare, nihil sibi non permittere, viros eludere, summa imis miscere, tandem, si quid insolentius admissum sit, ad *infirmi-
tatem* suam confugere, & huius miseratione veniam, aut, quod magis est, cum aliorum iniuria, opes & laudem impetrare. Certe, in interpretatione SCti, quod *de foeminarum intercessionibus* factum est, videntur fere aliquanto plus iusto amoris foeminarum & gratiae dedisse. *VLP IANVS* quidem *l. 2. §. 2. D. ad SCtum Vellei.* laudat prouidentiam *amplissimi ordinis*, quia opem tulit mulieribus, propter *sexus imbecillitatem*, multis huiuscemodi casibus oppositis atque subiectis. Idem *PAVLLVS l. 1. §. 1. eod.* monet, qui adimendum eis fuisse *intercessionis* officium existimat, in quo non solum opera & nudum ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris, quod ab ipsis prohibendum videatur. *VNUM SEVERVS l. 2. §. 2. D. eod.* obseruauit, *ταῖς ἀπατώσαις γυναῖξιν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτης βουλῆς ἔβου-
θεῖν.* *Decipientibus* mulieribus senatus consultum auxilio non esse: quod & *PAVLLVS l. 23 & 30. D. eod.* placet; vt, si *decipiendi* animo aliquid gesserint, senatus consulti beneficio ne defendantur. Sed, vt ingenue profitear, quod sentio, non satis cohærent, quæ veteres de mulierum *intercessionibus* philosophati sunt, dum infirmitati, non fraudibus, mulierum patrocinantur. Omnis fere *infirmi-
tas* suspicionem *fraudis* parit. Ipsa necessitas propemodum *imbecillibus* hæc tela subministrat, vt, si vi non possint, per insidias &, quod ait comicus, vel clam, vel precario rem administrent. *c)* Plerumque *infirmi-
tas*, cum & ipsa velit aliquo loco esse, atque destinata perficere, *dolis* & machinationibus aucupatur, quod vi & contentione, sci-
entibus & intelligentibus, extorquere non potuit. Certe, quod *ALEXAN-
DER d)* ait: illorum, qui deprehendi nolunt & resistere omnino neque-
unt, illa solertia, illud vnicum vortum est, *fallere.* Itaque dum imbecilli-
tati ignoscimus & assentamur, *improbis* etiam *decipientium*, quæ plerum-
que cum infirmitate coniuncta est, impunitatem & priuilegium damus. Ipse *VLP IANVS l. 4. §. 1. in fin. D. h. t.* agnoscit, quod semper fere *fraudis* aliquid lateat in mulierum *intercessione*; & manifeste tamen fauet calliditati mulieris intercedentis. Facilius enim, inquit, se *obligat* mulier, quam

cui-

b) MACROB. 1. sat. cap. 6.
CVRT. IV. 13. 8.

Fasc. V.

c) TERENCE. Eunuch. II. 3. v. 28.

d) apud Q.

culquam *donat*. Quod & CONSTANTINVS l. 16. C. de donat. antec. nupt. obseruauit, vt ne *sponsa* quidem facile aliquid titulo donationis sponso largiatur. Et ea tamen ICti est facilitas, vt, quamuis *donanti* & *soluenti pro alio* non succurrat, tamen foeminae pro aliis *obligatae*, quae promissione sua eludit stipulantem, SCti auctoritatem subuenire arbitretur. Mihi quidem magis videtur *donanti* quam temere *promittenti* auxilium SCti accomodandum esse. Enim vero facilius excusatione fragilitatis suae vti potest, quae animo ingenuo alterius inopiam, cum detrimento rei familiaris, donatione sua subleuauit, quam quae, non sine suspitione doli & calliditatis, facile se pro aliis obligat, & hac arte fidem fallit, creditores eludit & in periculum adducit. Certe, mulier, quae raro donat, pro aliis vix vnquam sine spe lucri *intercedit*, & quod PLINIVS ait, e) viscatis duntaxat hamatisque muneribus, non tam sua promit, quam aliena corripit, dum, fide sua interposita, pro viris intercedit. Enim vero, si tantum ingenio valent mulieres, vt *raro* donent, ne rei familiaris detrimentum patiantur; vnde enata est illa facilitas, vt tamen liberaliter promittant, se pro aliis soluturas esse? Profecto eadem calliditas, quae ipsas a donationibus retinet, illis etiam dissuaderet, ne se pro aliis promissione sua obligarent: nisi hoc animo intercederent plerumque, vt vel lucrum aliquod venentur, vel stipulantem decipiant, cum credant, se illi verba dare, ipsumque eludere omnino posse, vt, circumuentus fraude muliebri, omni commodo careat ex illa stipulatione. Rectius forte illarum *infirmitati* mederemur, si cogerentur mulieres implere fidem datam, & poena etiam coercerentur, a leuitate animi adductae, pro aliis se obligassent: tunc, ausim affirmare, illas facilius recordaturas *infirmitatis* suae, si periculosam esse intelligerent leuitatem suam, & cum incommodo coniunctam. Sed ICti quidem sua illas indulgentia & intempestiua misericordia, deteriores faciunt, dum, nisi manifesta & operosa machinatio appareat, credunt mulieres *infirmitate* sexus potius sublapsas, non *dolo* vsas esse. Igitur marito quibusdam accidit, quod illi apud PHAEDRVM f) a quo:

*Canis parturiens cum rogasset antea,
Vt foetum in eius tugurio deponeret,
Facile impetrauit; dein reposcenti locum
Praeces admouit, tempus orans breue,
Dum firmiores posset catulos ducere:
Hoc quoque consunto, cum flagitaret validius
Cubile tradere: si mihi & turbae meae,
Par, inquit, esse potueris, cedam loco.*

e) PLIN. IX. ep. 30.

f) PHAEDR. I. fab. 19.

§. II.

Sed, ne cum dimidia parte generis humani iras exercere videamur, *Simplicitati* age, in gratiam cum lepido illo & eleganti sexu redeamus. Quamuis enim *mulierum* suspicione doli non careant, quæ a foeminis obtentu *infirmi- SCto succur-* tatis mulie- *ritur.* bris præcipitan- & periculosius gesta sunt; tamen, si ex illis, quæ circumstant, appareat, illas ignorantia iuris sublaptas, aut cupiditate creditoris in periculum adductas, aut, si creditor se ipsum decepiſſe intelligatur, datur venia *simplicitati*. At vereor, ut beneficio SCti & titulo *simplicitatis* gratiam apud illas ineamus, quæ hodie tantum non solæ ſibi ſapere videntur. Nuper certe *ſcabinis Vitembergensibus* eiusmodi ſpecies oblata eſt, in qua non indigna videbatur mulier, cui, *ob ſimplicitatem*, ſenatus conſulti beneficium accommodati poſſet. Aquilia, mulier, nullis matrimonii vinculis innexa, *ſexcentorum* indigebat, ad neceſſitates rei familiaris procurandas. Titius, frater eius, ipſe etiam *quadringenta* mutua ſumere volebat. Hic ſorori, Aquiliæ, indicabat, Jauolenum *mille* habere, quæ foenore poſiturus eſſet: rem facile confici poſſe, ſi Aquilia ſexcenta, ipſe quadringenta, acciperet: ita ſortem totam M. Ioachimicorum conſumi poſſe: ſed Jauolenum ſibi ſoli quadringenta vix crediturum: itaque neceſſe videri, ut Aquilia fidem ſuam pro Titio fratre ſuo interponeret: quod ſi factum eſſet, Jauolenum mille daturum, quibus utriusque neceſſitati commodiſſime conſulere-
tur.

Aquilia accipiebat conditionem a fratre Titio oblatam, & rem per epiſtolam enarrabat Jauoleno: nec diſſimulabat, ſe ſexcenta duntaxat poſtulare, & quadringenta fratrem Titium deſiderare: ſed pro ducentis, quæ fratri Titio darentur, ſe *intercedere*, & fidem ſuam obligare affirmabat: altera ducenta, quorum cauſſa ipſa omnino teneri nollet, fratrem ſua fide accepturum: ut ipſa adeo ſexcenta ſuo nomine deberet, propter ducenta, Titio credenda, fideiuſſione ſua intercederet, altera autem ducenta ſoli Titio a Jauoleno crederentur. Sed Jauoleno diſplice-*bat* mulieris interceſſio: ideoque, ſe perſonam mulieris duntaxat ſecuturum, & tota *octingenta* Aquiliæ ſoli crediturum, ducenta autem Titio mutua daturum eſſe, per fratrem Titium reſcribebat. Poſtquam inter partes conuenit, datur chirographum, in quo Aquilia, ſe *octingenta*, Titius ducenta, ſe accepiffe, profitentur. Jauolenus M. Titio numerat, qui Aquilias ſexcenta exhibet, quadringenta in ſuos uſus conuertit, ſed propter ducenta, Aquiliæ chirographo comprehenſa, dato alio chirographo, ipſum ſe Aquiliæ debitorem conſtituit: ut ad Aquiliam ſola ſexcenta, cum chirographo propter ducenta illa, quæ Titius retinebat, peruenirent. Poſtquam dies venerat, Jauolenus *octingenta* ab Aquilia reſlagitabat. Quæ, cum ſe ſexcenta duntaxat accepiffe, ducenta Titio data eſſe, cauſſaretur, actione pulſata, & proceſſu executiuo, quem vocant,

instituto, cum de exceptione non liqueret, victa, atque Jauoleno octingenta reddere, a scabinis damnata est. Aquilia, detrimentum rei familiaris ægre passa, fratre Titio interea mortuo, *reconventionis* beneficio vititur. Jauoleno exceptionem *SCti Velleiani*, quod de *intercessionibus* mulierum factum est, obiicit, rem Jauoleno non incognitam, & ipsi ab Aquilia perscriptam esse, latere intercessionem in hoc negotio, sibi sexcenta duntaxat numerata, seque fratris amore seductam esse, querebatur, & ducenta, quæ ad Titium pervenissent, a Jauoleno reposcebat. Jauolenus, se personam mulieris secutum esse, & Aquiliæ soli octingenta credidisse, sed, in quos usus ipsa hæc octingenta consumptura esset, non inquisivisse, neque omnino certum fuisse, quod Aquilia Titio ducenta ex illis octingentis creditura sit, regerebat: *doli* etiam, per quem hoc negotium ab Aquilia conflatum esset, replicatione utebatur: denique, ut Aquilia a Titii heredibus ducenta illa, quæ ipsi ex octingentis illis suo periculo numerauerat, repeteret, se vero ex lite dimitteret, poscebat. Sed *scabini* Jauolenum, si Aquilia ipsi actionem aduersus heredes Titii cederet, ducenta reddere iusserunt. Ita enim responsum est: Diemeil Wieder-Beflagter auf die Wieder-Klage geantwortet, und deren in den Haupt-Puncten der Litis contestation geständig, So ist derselbe, des geschehenen Einwendens ungeachtet, die libellirten 200. Thlr. Klägers Principalin zurück zu geben, Wieder-Klägerin hingegen die wieder ihres verstorbenen Bruders, N. N. Erben dießfalls habenden An- und Zusprüche, auf sein Verlangen, ihm abzutreten schuldig, die beyderseits aufgewendeten Unkosten aber sind, aus bewegenden Ursachen, gegen einander zu compensiren und aufzuheben B. R. W. Quod quibus ex rationibus factum fuerit, deinceps apparebit. Operæ pretium videtur, ut de illo argumento diligenter exponamus.

§. III.

Mutui dationes pro aliis quibus foemina intercessit SCto infirmantur.

Nimirum, postquam edictis Diui Augusti, & deinde CLAUDII, interdictum est, *ne foeminae pro viris suis intercederent*, tandem SCto, ex relatione M. SILANI, & VELLEII tutoris, consulum, facto, plenissime foeminis omnibus subuentum est, & non solum *fideiussiones* foeminarum, sed etiam *mutui dationes*, *pro aliis*, quibus *foeminae* intercederent, ita infirmatae sunt, ut ne eo nomine ab his petitio, neue in eas actio daretur. Sic enim VLPIANVS l. 2. §. 1. D. ad SCt. Vellei. verba SCti enarravit. Neque locus est dubitationi, quin *mutui datione pro aliis*, cui foeminae intercesserint *mutuum a foeminis* ideo contractum, ut nummos a creditoribus acceptos *aliis crederent*, intelligatur. Explicite enim idem ille VLPIANVS d. l. 2. §. 3. D. ad SCtum Vellei. §. l. 8. §. 1. D. eod. omnem omnino obligationem *pro aliis*, ait, SCto comprehendi, siue veterem obligationem foemina, siue nouam, constituendo, aut mandando, recepisse videatur, & vnum illud sufficit, si obligationem *alienam* recepisse videatur.

deatur. Clarius adhuc PAVLLVS l. 11. & 12. D. eod. si mulier, alii *creditura*, pecuniam acceperit, locum SCto esse, docet, si sciuerit creditor, illam intercedere obligationi *alienæ*. Imo vero idem, quem antea adduxi, VLP IANVS, l. 6. D. h. t. monuit, etiam, dum alicui *mandat* aliquid mulier pro aliis, mandatariis quoque prodesse SCti beneficium; cum ipsum mandatum, quo foemina pro aliis intercessit, propter SCtum inefficax & inane videatur. Ideoque fideiussores, qui *mandato* matris, pro defensore absentis filii, interuenerunt, PAPINIANVS ait, exceptione SCti vfuros esse, cum contemplatione *mandati* matris interuenerint l. 6. & 7. D. ad SCtum Vellei. Igitur merito in specie illa, quam supra §pho II. commemorauimus damnatus fuit Jauolenus, vt redderet Aquiliæ ducenta; quamuis se Titio, Aquiliæ *mandato*, ducenta illa numerasse caussaretur: cum & ipsum *mandatum* mulieris *intercessionem* continere videatur.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, *mutui dationes* pro aliis, quibus foemina intercesserit, siue *mandauerit*, vt alii mutuum daretur, siue mutuum, alii datum, *constituerit*, siue *fideiussione* se obstrinxerit, siue ipsa *mutuum*, hoc animo, vt alii *crederet*, *acceperit*, irritas videri; cum & illa, quae mutuum pro alio contrahit, *obligationem alienam*, eamque *nouam*, suscipiat, quod VLP IANVS l. 8. §. 1. D. ad SCtum Vellei. interdixit. Neque vero opus est, vt pro *mutui dationibus*, quod quibusdam visum est, *mutuationes* foeminarum, in verbis SCti, emendatione ridicula, substituamus. Enimuero, cum *re* contrahatur mutuum, non potest foemina mutuum pro aliis accipere, sine *mutui datione*, a creditore facta, cui ipsa intercessit: neque *mutuatio*, sine *mutui datione*, fingi potest. Sed, dum *accipit* mutuum foemina, *mutui dationi*, pro aliis, omnino intercedit: quo sensu, secundum VLP IANVM l. 27. D. de reb. credit. ciuitas *mutui datione* obligari dicitur, si actor ciuitatis mutuum *acceperit*, illudque verterit in rem ciuitatis. Adeoque, dum *mutui dationes* SCto infirmantur, interdictum est, ne foeminæ mutuas pecunias *accipiant*, quæ ab ipsis postea aliis credantur. Quod etiam a C VIACIO obseruatum est. g)

§. IV.

De aliena igitur obligatione mulier omnino non tenetur. Sed aliquando *Alienam* obscurum est, *alienam* obligationem recepisse, an suum negotium gessisse videatur. Inprimis, si *ab initio* cum muliere contraham, & ignorem, cui id factum *duntaxat obligatio-* vellet, VLP IANVS ait l. 4. pr. D. h. t. magis *suum* illam, quam *alienum*, ne- *nem mulier* gotium gessisse: de quo loco deinceps exponemus. Huc & pertinet, quod *SCto utitur.* PAPINIANVS monet, l. 27. pr. D. h. t. quod, si bona fide *personam mulie-* ris fecutus, cum illa contraxerim, ob ea, quae *postea* a muliere cum aliis gesta sunt, exceptione SCti creditor non submoueat; quamuis ipsa in *uti-*

g) C VIAC. ad Afric. tr. III ad l. 17. ad SCtum Vellei. p. 1338. op. T. I.

utilitatem alterius negotium gesserit: modo, quod addit *PAVLVS l. 11. D. h. t.* tanquam in *usus suos* acceperit pecuniam. Generaliter *PHILIPPVS l. 10. C. eod.* si quis non cum marito, sed cum vxore, contraxerit, non patitur, fœminae obligationem, obtentu *SCti*, infirmari. Igitur, si *ab initio* mulier sola contraxerit, in dubio, magis *suae* utilitatis causa, quam ut *pro aliis* intercederet, gessisse negotium videtur. Hoc est, quod *SCÆVOLA l. 28. pr. D. ad SCtum Vellei.* obseruauit, non audiendum esse maritum, qui *postea*, in fraudem creditoris, affirmauerit, suae utilitatis causa mutuum contractum, si mulier *ab initio* pecuniam acceperit. Tunc enim, certius est, cessare *SCti* beneficium. Cui conueniens est illud, quod domina, auctore *MODESTINO, l. 25. pr. D. ad SCt. Vellei.* si *seruo suo* credi iusserit, honoraria actione teneatur. Quandoquidem quæ seruo suo, per quem acquirit, fidem conciliat, *sua* fide negotiata est, & sibi vigilauit.

Imo vero interdum etiam, si obligationem ab alio contractam in se transferat mulier, & pro alio se ream constituat, videtur *suum negotium* administrasse. *PAVLLVS* certe *l. 24. pr. D. h. t.* mulierem, quæ se a creditore suo *delegari* passa est, & pro illo, cui delegata est, promissit, efficaciter obligari, docet; cum non, ut aliis prospiciat, sed, ut illud, quod creditori deleganti debuit, exsoluat, & a priori obligatione liberetur, interuenisse videatur. Igitur abscisse *ANTONINVS l. 2. ad SCtum Vellei.* praecipit, mulierem: quæ *pro creditore* suo se obligauerit, vel ab eo se, vel debitorem suum, *delegari* passa sit, huius *SCti* auxilium non habere. Est & alia species, de qua *AFRICANVS l. 19. pr. & ff. 1. D. h. t.* & *VLPIANVS l. 8. ff. 1. D. eod.* tractauerunt, quæ plus difficultatis habet. Dubitabatur enim, utrum *mulier*, quæ heredem, de suspectis facultatibus defuncti dubitantem, *iusserat* hereditatem *suo periculo* adire, seque illum eo nomine *indemnem* praestitura esse, sponderat, *intercessisse* videatur. Poterat a muliere opponi, quod *pro debitoribus* hereditatis, si illi soluendo non fuerint, intercesserit illa sponsione, dum heredem, *indemnem* futurum affirmauit. Sed placuit, in illa specie mulierem non posse ad *SCtum* confugere. Non enim visa est, *veterem* obligationem *recepisse*, sed ipsa *nouam fecisse* obligationem. Vnum *AFRICANVS* excipit, si ipsa repromiserit, ut, quanto minus a quoquo debitorum hereditatis, seruari posset, tantum ipsa praestaret. Tunc enim prope est, inquit, ut sit intercessio *l. 19. ff. 4. D. ad SCtum Vellei.* Contra, si mater, cum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum *securitatem* promiserit, & fideiussorem, vel pignora, dederit, *suum* quodammodo negotium gessisse, & de sua administratione securitatem promississe videbitur, ideoque frustra auxilium *SCti* inuocabit. Ita *ALEXANDER* tradit *l. 4. C. ad SCtum Vellei.* Ex quibus rebus intelligitur, non semper, si *suo nomine* contraxerit mulier,

SCti

SCti beneficium cessare; neque semper, dum *alienam obligationem recipit*. SCto locum esse: sed, si *aperte* id egerit, ut aliorum utilitati sua obligatione subueniret, tunc illam, siue suo nomine rem suscepit, siue alienam obligationem in se transtulerit, *alienum negotium* gessisse, & SCti beneficio defendi; contra vero, si hoc non intelligatur, quamuis persona aliena interueniat, & mulieris facto liberetur, aut pars obligationis alienæ in ipsam transferatur, tamen mulierem censeri *suae utilitatis causa* contraxisse, & ex illo negotio efficaciter conueniri posse.

Igitur facile iudicabitur, inepte Jauolenum illi Aquiliæ, cuius §pho II. mentionem inieciimus, obiecisse, quasi *suum negotium* gesserit, dum de octingentis, quæ Jauolenus Titio, Aquiliæ mandato, soluerat, se obligauit, quamuis ab *initio*, cum Titius pecuniam acciperet, ipsam se ream, dato chirographo, constituisset. Indicauerat enim Jauoleno, se sexcentorum duntaxat indigere, & ducenta ad Titium peruentura esse, pro quo ipsa fidem suam interponeret. Sed aperte ALEXANDER l. 4. C. ad SCtum Vellei. docet, in eiusmodi speciebus locum habere amplissimi ordinis beneficium, siue eam obligationem, quæ in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit, vel participauerit; siue, *cum alius pecuniam acciperet*, ipsa *se ab initio ream constituerit*: semper enim illam videri *alienum negotium* gessisse.

§. V.

Igitur nemo dubitat, si vel ab initio obligationem *pro aliis* suscipiat mulier, SCto, quod de foeminarum intercessionibus factum est, locum esse. Sed VLPIANVS l. 1. §. 3. D. ad SCt. Vellei. ita duntaxat mulieribus subuenit, non *callide* in alieno negotio sint versatæ. Cum & diuus Pius & Seuerus Iuliani. rescripserint, SCtum *deceptis*, non *decipientibus*, opitulari. Hoc & PAVLLO placet l. 30. D. eod. ut, si *decipiendi* animo, cum *sciret*, & edocta esset, se non teneri, mulier pro aliis intercesserit; ei exceptio SCti non danda esse, videatur; quandoquidem actionem, quæ in *dolum* mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Eodem iure PAVLLVS alio loco l. 23. D. h. t. vsus est, cum mulier, *sciens*, se heredem non esse, in iure interrogata a creditore hereditatis, responderit, *se heredem* esse: illam enim non *intercessisse*, ait, quia *deceperit* interrogantem. Hoc etiam SCÆVOLAM permouit, ut, in specie non absimili, l. 28. D. h. t. cum mulier suo nomine mutuum accepisset, illam non *intercessisse* responderet, quamuis mariti personam postea subiiceret, qui se illam pecuniam debere affirmabat. Ex eadem fere causa IUSTINIANO l. 23. C. ad SCtum Vellei. placuit, ut, si creditor probare possit, mulierem, siue ab initio, siue postea, *aliquid accepisse*, ut sese pro aliis interponat, SCti exceptio *replicatione doli* elidatur: cum *callide* versata sit in alieno negotio, & *decipere* creditorem voluerit,

luerit, quæ *lucri* causa intercessit. Imo iam ante IUSTINIANVM generaliter DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 18. C. h. t. foeminis non subueniri docent, si creditor aliqua ratione per mulierem *deceptus* sit; sed *replicatione doli* exceptionem SCti, in omnibus illis speciebus, remoueri.

VLPIANVS tamen l. 26. D. h. t. aliquid obicit, quod pungat. Ait enim, mulierem SCto vri posse, si seruum alienum, dixerit, *suum* esse, animo intercedendi. Sed vix videtur dolo carere mulier, quæ de seruo alieno, illum *suum* esse, affirmavit: cum dominæ soleant omnino nosse seruos suos, & apertum sit, quod eludere voluerit creditores, dum seruum, pro quo intercedebat, dixit suum esse. Pro *suis* enim seruis, quod MODESTINVS ait, l. 25. pr. D. h. t. mulieres efficaciter omnino intercedunt. Vna VLPIANI excusatio est, quod *per errorem*, de seruo alieno, illum *suum* esse, potuerit affirmare. Mihi certe ille error mulieris suspectus est; vt credam, replicatione doli creditorem commode vsurum, nisi de errore luculentius probetur.

Quotiescunque igitur *dolus* interuenerit, certum est, SCti beneficium infirmari. PAPINIANVS luculenter l. 6. in fine D. h. t. etiam ad alios, hoc produxit, qui, *mandato* mulieris, pro aliis intercesserunt, vt, quamuis alias hi quoque, ex persona mulieris, cuius mandato interueniunt, SCti exceptione defendantur, tamen *doli replicatione* repellantur, si dissimulauerint, se *mandato mulieris* interuenire, & *callide* fideiusserint apud creditorem, quem postea SCti beneficio eludere & circumuenire cogitabant. Non tamen confestim, vt supra monui, *dolus* mulieris intercedentis accusatur, nisi, quod VLPIANVS ait, l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, ex *magna & euidenti machinatione*, intelligatur, id egisse mulierem, vt circumueniantur creditores. Ideoque CÆCIDIANVS praetor, quod POMPONIVS refert apud VLPIANVM d. l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, non agnouit *dolum* mulieris, cum illa de quodam affirmasset, *idoneum esse debitorem*, cui, mutua pecunia daretur. *Solent* enim foeminæ facilius aliquem laudare, & gratiæ aut misericordiæ locum dare. Ideoque se ipsum decipit, qui foeminæ laudationi aures & fidem commodauit. Enimuero, si FLORENTINVM l. 43. D. d. *contr. emt.* audiamus, ne venditores quidem ex illis obligantur, quæ, *commendandi causa* in venditionibus ab ipsis dicuntur; quia *solent* emtoribus merces commendare. Recte igitur FURIUS ANTHIANVS l. ult. D. de *dolo malo*, tunc demum rem dolo gestam esse, censet, si luculenta machinatione alter circumuentus videatur.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, minus opportune Iauolenum *doli replicatione* vsum esse aduersus Aquiliam, quæ fratrem Titium creditori *commendarat*. Omnis enim fideiussio commendationem continet; quæ

quæ si sufficeret ad mulieres obligandas, semper doli replicatione SCti exceptio eluderetur.

§. VI.

Itaque mulierem, quæ alieno se negotio intercessisse dicat, non omnino audiemus, si dolo aliquid gesserit, ad creditorem circumueniendum. Eleganter enim PAVLLVS l. 110. §. 4. D. de reg. iur. mulieribus tunc succurrendum esse, ait, cum defenduntur ab iniuria, non ut facilius calumnientur. Datur exceptio mulieri si creditor in fraudem SCti aliquid fecerit.

Sed, uti dolo mulierum non subuenimus, ita nec patimur, ut dolo creditoris foemina circumscribatur. Igitur, si quid in fraudem SCti a creditore fabricatum fuerit, ut mulieris intercessio tegatur, recte foemina SCti auxilio utitur. Non obscure PAVLLVS l. 29. §. 1. D. ad SCtum Vellei. respondit: ea, quæ in fraudem SCti, quod de intercessionibus foeminarum factum est, excogitata sint, rata non haberi. Sed idem PAVLLVS alio loco interpretatus est, quid in fraudem legis gestum esse videatur. In fraudem legis, inquit, facere censendus est, qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumuenit l. 29. D. de legibus. Quapropter disputatione non indiget, quod fraudem SCto faciat creditor, qui, dum videt SCtum Velleianum negotio mulieris, quæ intercedit pro aliis, obstare, alio titulo obligationis, ad regendas intercessionibus & mutui dationes pro aliis, utitur, qua foeminam obstringat, ut pro aliis soluat. Enimvero verba ICTi, contra fideiussiones & mutui dationes pro aliis, concepta sunt; sed sententia senatus, quod VLPIANVS monet, l. 2. §. 4. D. ad SCtum Vellei. omnem omnino obligationem foeminarum, pro aliis susceptam, infirmavit. Quam ut eludant illi, qui in fraudem SCti aliquid machinantur, plerumque fingunt, quasi ab initio mulier in suos usus negotiata sit & postea demum de suo aliis crediderit, pro quibus ab initio interuenire cogitabat. Extant sexcentæ eiusmodi species, quas, non vacat, enarrare. In paucis subsistemus. PHILIPPI l. 10. C. ad SCtum Vellei. de locatore disputant, qui, cum maritus fundum conduceret, tamen, quia uxorem eius magis idoneam debitricem esse existimabat, desiderauerat, ut mulier subscribat conductionis instrumento quasi ipsa conduxisset. Sed placuit, cum creditor fundum non mulieri, sed marito eius, locauisset, & personam vxoris ideo duntaxat, quia magis idonea videbatur, secutus esset, mulierem beneficio amplissimi ordinis, quod factum est de mulierum intercessionibus, defendi; quia locator in fraudem SCti cum vxore contraxisse videretur.

Non multo excusatius CALLISTRATVS peccauit, qui, quum maritus mutuum pecuniam sumisset, iussit conscribi instrumentum, ac si vxor eius illam accepisset. Sed DIOCLETIANVS & MAXIM. de illa specie consulti l. 17. C. ad SCtum Vellei. rescripserunt: ne quidem necesse videri,

vt mulier ad SCti exceptionem confugiat; cum eam veritas gesti negotii defendat, & non audiendus sit creditor, qui *simulato* negotio vim SCti eluisse videatur. Imo generaliter ad eas etiam obligationes, quæ, *calliditate* creditoris, *ex persona mulieris primordium sumserunt*, decretum patrum, quod de intercessione foeminarum factum est, pertinere, edicto perpetuo declaratur. Ideoque, si creditor, qui contrahere *cum alio* proposuerat, *mulieris personam elegit*, quia magis idonea visa est, exceptione SCti repellitur. Quod iidem IMPERATORES l. 19. C. ad SCtum Vellei. præceperunt. Huc & illud PAVLLI l. 29. pr. D. h. t. pertinet, qui, creditori SCtum obstare, ait, si, cum vellet cum heredibus contrahere, postea, quia facultates eorum suspectas habuit, his euitatis, potius mulierem ream elegit, vt ab illa, quod heredes debeant, consequeretur. Ex quo intelligitur, in fraudem SCti contraxisse creditorem, qui, cum foemina pro alio mutuam pecuniam peteret, & pro illo fidem suam interponeret, omisso, debitore principali, pecuniam mulieri, quasi debitrice, numeravit, vt ab illa aliquando repeteret, quod ipsa in vsum alterius accepit.

Igitur, quis dubitabit, Jauolenum nostrum, a quo Titius, sorore propter ducenta intercedente, quadringenta mutua poscebat, *in fraudem SCti* negotium gessisse, quum, omisso Titio, adegit Aquiliam Titii sororem, vt pro octingentis, quibus ducenta Titii comprehendebantur, se ream constitueret, quamuis ad ipsam sexcenta duntaxat, sed ad Titium ducenta, peruenirent. *h)*

§. VII.

*Ignoranti
creditori
non obstat
SCrum.*

Dolus igitur tum foeminæ, tum creditoris, abesse debet, vt sententiæ SCti satisfiat, in foeminarum intercessionibus diiudicandis. Itaque & mulier amittet SCti auxilium, si in intercessionibus *callide* fuerit versata; & creditor, qui in fraudem SCti cum foemina contraxit, mulieris exceptione repellitur. Negatur enim *callidis* mulieribus exceptio, quam stricto iure ex SCti verbis habent; & datur illa aliquando foeminis *deceptis*, quamuis stricto iure non competeret, cum alterius negotii titulo teguntur illarum intercessiones. Quæ si cogitemus, facile erit, de quibusdam speciebus iudicare, quæ ceteroquin habent aliquid obscuritatis. Primo igitur, qui *sciuit* mulierem intercedere & *pro aliis* mutuum accipere, quamuis ipsam ab initio ream constituerit, non est locus dubitationi, quin *replicatione doli* omnino vti nequeat contra exceptionem SCti; quam mulier intercedens aduersus ipsum allegabit: adeoque, si repeteret pecuniam, quam mulieri *pro aliis* mutuanti *sciens* dedit, exceptione intercessionis, contra SCtum factæ, repellitur. Luculenter PAVLLVS l. 11. & 12. D. ad SCtum Vellei. locum facit

h) vide HERTIVM T. II. decis. 501. p. 453. & T. I. resp. 237. & 297. p. 443. & 518. item ANT. FABER L. IV. Cod. Tit. 21. def. 3 sqq. p. 359.

facit SCto, cum *scit* creditor mulierem intercedere; quamvis ipsa, *aliis creditura*, *tanquam in suos usus*, acceperit pecuniam. Neque multum ab hac specie abhorret illud, quod *SCÆVOLA l. 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei.* obseruauit. Enimuero, cum mulier a Numerio *sua fide* pecuniam accepisset, & illam statim soluisset Sempronio, pro marito suo, qui Sempronio fundum vxoris suæ obligauerat ob conductionem, ICTus ait, SCto locum fore, si Numerius *scisset*, intercedere vxorem pro marito. Huic fere simile est illud, de quo *AFRICANVS*, quamvis obscure, *l. 19. §. 5. D. ad SCtum Vellei.* disputauit. Mulier pro Titio debitore apud Caium intercedere volebat. Caius, repudiata mulieris intercessione, ob SCti auxilium, pecuniam numeratam a Titio petebat. Mulier a Tullio pecuniam mutuam petiit, vt Titium a Caio liberaret: & iussit Tullium confestim pecuniam Caio numerare. Cum Tullius repeteret pecuniam, mulier ad SCti auxilium confugit, quo foeminarum intercessionibus infirmantur, cum non sit obscurum, illam *pro Titio* mutuam pecuniam a Tullio accepisse. *AFRICANVS* respondit: mulierem SCto *vti* posse, si Tullius compererit mulierem intercedere, *priusquam* Caio pecuniam, eius mandatato, numeraret. Imo vero *ANTONINVS l. 1. C. ad SCtum Vellei.* regulam iuris esse, ait, vt mulieribus, quæ alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, SCti auxilio subueniatur, *si id contrahentes non ignorent.*

Igitur *scienti* creditori, a muliere, quæ pro alio mutuum accepit, SCti exceptio recte opponetur, neque poterit creditor de *dolo* conqueri, aut mulieris *fraudem* accusare. Et habet illud rationem: quandoquidem, secundum *VLPIANVM l. 145. D. de reg. iur.* nemo illos *fraudare* videtur, qui consentiunt, & *sciunt*; adeoque, quod *PAPINIANVS* addit *l. 7. D. ad SCtum Vellei.* *doli replicatione* non utetur aduersus mulierem fideiussor, qui, eius mandato, pro ipsius filio intercessit, cum *facti ignorantiam* prætexere non possit: hic enim, vt *PAVLLVS l. 21. pr. D. quod metus caus.* fere in simili specie philosophatur, ipsum *se decepit*, dum sciens credidit foeminae intercedenti.

Sed de *ignorante* videamus. *VLPIANVS* quidem, si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum *ignorarem*, cui hoc factum vellet, non dubitat, cessare SCti auxilium, cum ita etiam Diuus Pius rescripserit. *l. 4. pr. D. h. t.* Idem & *PAVLLVS* sedet, qui *l. 11. D. eod.* non senatus consulto locum facit si tanquam in *usus suos* mulier acceperit pecuniam, quam alii creditura esset: quia alioquin nemo cum foeminis contraheret; *cum possit ignorari*, quid acturæ essent. Neque dissentit, quem supra excitauimus, *AFRICANVS*, qui *l. 17. D. h. t.* exceptionem SCti non admittit, si mulier quidem in hoc mutuata est, vt marito crederet, sed creditor *ignorauit*, in quam causam mulier mutuaretur. Nemo enim, si *PAVLLVS* obsequa-

mur l. 177. §. 1. *D. de reg. iur. dolo* videbitur exsequi, qui *ignorat* causam, cur petere non debeat, quod sibi sit promissum. Imo vero, parum abest, quin *dolo* mulier gesserit negotium, quæ, dum petebat mutuum, dissimulauit, se alii illud credituram esse, quod a me mutuum accepit. PAPINIANVS certe, quod supra obseruatum est, generaliter l. 6. in fine *D. ad SCtum Vellei.* contra exceptionem SCti omnibus, qui *ignorauerunt*, mulierem interuenire, *doli replicationem* dedit, qua SCti auxilium excludatur.

§. VIII.

*Ignorantia
affectata
creditori
non prodest
sed interdum
curiositas
desideratur.*

Haftenus comprobatum fuit, *scienti* duntaxat, non *ignoranti*, creditori exceptionem SCti Velleiani a muliere efficaciter opponi, inprimis, si *ab initio* cum foemina contraxit. Ita enim VLPIANVS l. 4. pr. *D. h. t.* itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 15. & 19. *C. ad SCtum Vellei.* praeceperunt, vt, si *ab initio* mulier in suos usus contraxerit, nisi, illam callide rem gessisse, appareat, exceptione contra debitorem *scientem* defendatur. Sed obueniunt quædam species, in quibus ne *ignoranti* quidem succurritur, ad exceptionem SCti repellendam. Enim vero, si non *ab initio* cum foemina contraxi, sed alienam obligationem in mulierem transtuli, imo generaliter, quoties *suspecta* est mulieris *negotiatio*, AFRICANVS l. 17. pr. *D. ad SCtum Vellei.* desiderat, vt *diligentior* sit creditor, in *caussa* negotii inuestiganda. Igitur, si vir vxorem suam, quæ nihil ipsi deberet, debitori suo, quasi debitricem, delegauerit, & creditor pecuniam a muliere petierit, ICTUS ait, exceptionem mulieri vtilem futuram, *quamuis* creditor *existimauerit*, mulierem mariti debitricem fuisse, & *quamuis* *ignorauerit*, quid negotii gestum sit inter virum & vxorem: creditor enim, inquit *diligentior* esse debet, si aliena obligatio in mulierem transferatur; cum non parum intersit, vtrum quis ab initio cum muliere contrahat, an aliena obligatio in illam transferatur d. l. 17. pr. *D. ad SCtum Vellei.*

Sed videtur quidem *contra rationem iuris* receptum esse, vt *curiositas* & *diligentia* in creditoribus desideretur. Enimuero, si M. TVLLIUM audiamus, i) *non debuit* is, qui dabat, quo ille, qui accipiebat, pecuniam consumeret, *querere*. Et ICTI, tantum abest, vt imperent illam creditori *diligentiam*, vt subinde illam dissuadeant, & reprehendant. Audiamus PAVLLUM, qui l. 19. *D. de nouat. circa finem* in priuatis contractibus & pactionibus *non facile sciri* posse, ait, *quid* inter eum, qui delegatus est, & debitorem *actum* sit: imo vero, si *sciuerit* creditor, *hoc ab ipso dissimulandum esse*, ne *curiosus* videatur.

Sed, *quamuis* hæc ita sint, tamen imperamus *curiositatem* creditori & *diligentiam*, si vel *negotium*, quod geritur, vel *persona*, cum qua

con-

i) CIC. orat. pro. C. Rabirio posth. cap. III.

contrahit, *suspecta* videantur, ut periculum sit, ne *in fraudem legis* aliquid geratur. Itaque, si seruus pecuniam accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, & decipit creditorem, non videtur in rem versum, nec dominus tenetur: quamvis *solutus* fuerit seruus acceptum in rem domini vertere. *Curiosus* enim debuit esse creditor, quod *ULPIANVS* ait, ne vel calliditas serui, vel creditoris *credulitas*, domino noceret, l. 3. §. 9. D. de in rem verso. Eandem *AFRICANVS* l. 7. pr. & §. 1. D. de exercit. act. curam & diligentiam a creditore præstandam esse, censuit, si *magistro* naus, vel *institori*, ad reficiendam nauem vel mercis comparisonem pecunia credatur; cum *suspectus* sit *seruus*, & *institor*, &

— *Mercis Hispanæ magister*
Dedecorum pretiosus emtor. k)

& omnis ista mutuatio, propter illorum hominum ingenium, cum periculo quodam *fraudis* sit coniuncta. Ita igitur etiam de *foeminis* dicemus: inprimis, si, postquam de transferenda in ipsas obligatione aliena actum est, *mutuum* suo nomine cum creditore contraxerunt. Frustra igitur Jauolenus, in specie supra exposita, negabat, se pro certo habuisse, & penitus sciuisse, quod Aquilia Titio creditura fuerit ducenta illa, quæ ab ipso accepisset. Enim vero, cum ab initio scripserit Aquilia, se sexcentorum duntaxat indigere, sed pro fratre Titio propter ducenta intercedere, dato chirographo propter octingenta; non solum *supina* est illa *ignorantia*, si Jauolenus nesciuit, ducenta ad Titium peruentura esse; sed ipse etiam, si nesciuit, quid illa actum sit, *diligentior esse debuit*, in causa mutui inuestiganda, cuius partem, sciebat Jauolenus, Aquiliam ab initio fratri suo Titio destinauisse.

§. IX.

Sed Jauolenus quidem *DIOCLETIANI* & *MAXIM.* auctoritatem *Difficultas legis XIII. C. ad SCrum Velleianum* inuocabat, qui l. 13. C. h. t. defendunt creditorem, quamvis sciuerit, quod *legis XIII. C. ad SCrum Velleianum* vxor in usum mariti mutuata sit. Audiamus *DIOCLETIANVM*, qui, „si foenebris, inquit, pecunia, iuxta fidem veri, a creditore, tibi data est, „siue tota quantitas fœnoris, siue pars eius, in usum mariti processisse, „proponatur decreto patrum non adiuuaris: licet creditor causam contra- „ctus non ignorauerit., Fateor rem habere aliquid difficultatis: quæ mouit *scabinos Vitembergenses*, ut Jauoleno, in specie proposita, propter probabilem errorem, ex hac lege exortum, remitterent restitutionem expensarum, quæ ceteroquin ipsi non immerito iniungi potuissent. Sed non est, quod, propter *DIOCLETIANVM*, a sententia priori discedamus. Enim vero *IMPERATOR d. l. 13. C. h. t.* eandem fere speciem, de qua *ALEXANDER l. 4. C. eod. in fine*, verba fecit, videtur tractauisse. Proponebatur,

L 3

quod

k) HORAT. III. od. 6. v. 30 sq.

quod vxor, viginti quinque annis maior, pecuniam vel ex prædiis venditis redegerit, vel fœnore sumserit, hoc consilio, vt pro marito *sponte*, & *ne- mine* hoc *postulante*, *solueret*, vel illam conuerteret *in vsus* alios, *mariti*. Placuit imperatoribus, SCto locum non relinqui, quamuis creditor *non ignorauerit* causam, ob quam vxor acceperit pecuniam; sed illam efficaciter condici posse. Neque enim illud sine ratione rescripserunt. Nunquam foeminis Romani facultatem contrahendi, aut res suas alienandi potestatem, prorsus ademerunt. Igitur *sponte* potuerunt pro marito soluere, & eius rei causa fœnus contrahere, aut mutuum accipere a creditore. Vnum illud sententia SCti non permittit, vt, *marito*, aut *creditore postulante*, in fraudem legis, pro marito debitore, *mulier subiiciatur*. Tunc enim aperte intercedit. Ita igitur CUIACIUS ¹⁾ respondet: „non de ea muliere, „quæ a *marito*, quærendæ pecuniæ causa, *interponitur*, in d. l. 13. C. h. t. „tractatur, sed de illa, quæ *sua sponte* pecuniam mutuam sumit, in com- „modum mariti. Hæc enim non videtur intercedere.,

Sed nihil hoc ad Jauolenum. Ille *sciebat*, & ex Aquilia cognouerat, Titium ducenta a sorore sua postulasse, & Aquiliam ream subiici pro ducen- tis, quæ ad Titium peruentura essent. Ipse etiam postulauerat, vt Aquilia, contra veritatem, sibi fidem daret, quasi *in suos vsus* pecuniam a Jauoleno accepisset. Sed hoc PAVLLVM non admittere, ex l. 29. pr. D. ad SCtum Vellei. supra fuit obseruatum.

Igitur, secundum Cuiacium, non obstat SCtum, quo minus foemina, sciente creditore, mutuum *sponte* accipiat in mariti vsum. Sed præterea suppetit etiam aliud, quo DIOCLETIANO satisfiat; ne illum cum reliquis imperatoribus, & veteribus ICtis, committamus. Imperator non admittit exceptionem SCti, quamuis creditor *sciuerit*, quod vxor in *vsum mariti* pecuniam acceperit. Sed *vsus* ille varius est, quem vxor marito suo commo- dare potest ex pecunia accepta. Non aperte tractauit de illa specie, si vxor pecuniam acceptam *credit* marito suo, & ipsam sortem in eius commoda conuertit, sciente creditore. Quid igitur obstat, quo minus dicamus, *vsum innoxium* intelligi, in quo fors ipsa conseruetur, vt, si prædium comparet, vel supellectilem, cuius *vsus* perueniat deinde ad maritum, vel ipsam pecuniam administrandam inferat marito.

Certe in *Saxonia* vix cogitari potest species quædam, in qua vxor, nisi bona receptitia habeat, pecuniam mutuam acciperet, cuius vsus non quo- dammodo spectaret ad maritum. Nostro igitur iure non obstat creditori, quod vsus pecuniæ marito sit concessus ab vxore: modo non intercesserit vxor pro marito.

§. X.

¹⁾ CUIAC. ad AFRIC. tr. III. ad l. 17. ad SCtum Vellei. Op. T. I. p. 1338.

§. X.

Satis quidem, credo, expeditum est, creditori *scienti*, aduersus mu-
 lierem, quæ *pro alio* mutuum accepit, petitionem atque actionem, ob-
 SCTi auxilium, negari. Nunc ergo, quomodo ille suum consequatur, quod
 a muliere repetere non potest, videamus. Enim vero improbum & non
 ferendum videbatur, ut ille, pro quo pecuniam mulier mutuam accepit,
 locupletior fieret cum damno creditoris. Ipsa enim *vox naturæ & æquita-*
tis creditori succurrebat, ut suum reciperet, ab illo, ad quem nummi eius
 peruenissent. Igitur, si *PAVLLVM l. 1. §. 2. D. ad SCTum Vellei.* au-
 diamus, *æquum* videbatur, ita mulieri succurri, ut in *veterem creditorem*,
 aut in eum, qui *pro se* mulierem ream constituerit, actio daretur; cum ma-
 gis ille, quam creditor, deceperit mulierem. Datur itaque creditori, quod
PAVLLVS alio loco monet, actio, *in principales debitores. l. 29. pr. D. h. t.*
 Neque dubitatur, quin, si, *novatione* facta, mulier interuenerit, *rescissa*
 mulieris *novatione*, *vetus actio restituatur* creditori. Aperte enim *IULIA-*
NVS l. 14. & l. 16. §. 1. in fine D. h. t. cum mulier subtrahatur creditori
 propter SCTum, *integram causam* pristinam & *priorem omnino debitorem*,
 quasi non facta sit *novatio*, restituendum esse, ait, a prætore. Imo vero
IULIANO de l. 14. D. h. t. non sufficit, *veterem debitorem restitui*, sed in
fideiussores etiam, qui pro veteri debitore intercesserant, creditori actionem
 restituendam esse, monet. Ideoque, si mulier *alienam* obligationem postea
in se transtulit, dicemus, creditorem, aduersus illos, qui antea obligati
 erant, *actione restitutoria* experiri posse *l. 8. §. 12. D. h. t.*

Sed, quid faciemus, si mulier ab initio se ream constituit, pro alio,
 cum quo creditor omnino non contraxit? Nihil est, quod *restituatur* credi-
 tori, qui nunquam actionem habuit aduersus illum, pro quo mulier pecu-
 niam accepit. Enimvero, quam antea audiuius, *vox naturæ* iubet, ut
 creditori ab eo reddatur pecunia, qui locupletior factus est ex nummis credi-
 toris. Itaque, secundum *PAVLLVM* atque *VLPIANVM l. 1. §. 2. &*
l. 8. §. 14. D. ad SCTum Vellei. ex *æquitate*, non *stricto iure*, in illum, qui
 pecuniam accepit, dabitur actio, quæ *instituit* magis, quam *restituit obli-*
gationem: ut perinde obligetur, *eodem genere obligationis*, quo mulier
 est obligata. Verbi gratia, si per stipulationem mulier contraxit, ille quasi
ex stipulatu potest conueniri.

Itaque apparet Jauoleno ex æquitate, contra Titium, *condictionem*
 certi *quasi ex mutuo* dandam esse a prætore. Sed addit idem ille *VLPIANVS*
l. 10. D. h. t. has actiones, quæ in eos dantur, pro quibus mulier interces-
 sit, etiam in *heredes* dari: quia rei persecutionem habent. Itaque etiam,
 Titio mortuo, heredes Titii tenentur Jauoleno. Neque disputationi locus
 est, quin ipsa etiam Aquilia, si Titio fratri suo successit, non quidem ut de-
 bitris,

bitrix, sed pro *portione hereditaria*, omnino teneatur. IULIANVS enim l. 14. D. *de fideiuss.* affirmat, si fideiussori reus, successerit, obligationem quidem fideiussoriam perimi, sed tamen tanquam *a reo* peti posse, quod debetur: & si reus exceptione fideiussori competente usus fuerit, replicationem in *factum*, aut *doli*, prodesse creditori. Idem dicendum, si reo succedat fideiussor l. 8. §. 13. D. *ad SC. Vell.* Igitur, quamuis inanis sit intercessio foeminæ, tamen ut heres illius, qui pecuniam accepit, potest conueniri.

Præterea PAVLLVS monet l. 24. §. 2. & 3. D. *ad SC. Vellei. statim* postquam mulier intercessit, actionem competere in illum, qui pecuniam accepit: adeoque non expectandum esse, donec mulier soluat, & solutum condicat a suo creditore. Ex quo loco intelligitur, quamuis mulier *non cedat suas actiones*, aduersus illum, qui pecuniam accepit, tamen creditori confestim dari actionem. Ceteroquin, si *pinguior* sit actio mulieris, aut difficultate probationis creditor per illam liberetur, nemo dubitat, teneri mulierem, ut, quod sine suo incommodo fieri potest, *cedat actiones* suas creditori. Certe in illa specie quam §pho II. proposuimus, recte damnata est Aquilia, quæ chirographum a Titia acceperat, ut cedat actiones Jauoleno, ut ex chirographo Aquiliæ aduersus Titium processu executiuo experi-ri possit.

§. XI.

*Summa totius
argumenti.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, Jauolenum, qui *sciuerat* Aquiliam intercedere, aut certe *diligentior* esse debuerat, adeoque dolum mulieris, cum se ipsam decepisset, frustra accusabat, & præterea in fraudem SCti contraxerat, recte damnatum esse a scabinis. Res luculenta erit ex rationibus adiectis:

Ob wohl Wieder-Beflagter, daß er das ausgeflagte ganze Capital derer 800. Rthlr. der Wieder-Klägerin schlechterdings auff ihren Credit geben, und derselbigen, worzu sie solche Gelder anwenden wolle, lediglich überlassen, vorwendet, so wohl bey dem 15den und 18den Punct der Litis Contestation, daß er gewiß gewußt, und ihm nicht unbekant gewesen, wasmaßen Wider-Klägerin nur 600 Rthlr. für sich bedurfft, die andern 200 Rthlr. aber ihr Bruder erhalten, und jene diesem letztgedachte Post derer 200 Rthlr. von denen 800. Rthlr. vorstrecken werde, nicht geständig, auch derowegen auff den Inhalt derer in l. 11. D. *ad SCtum Vellei.* und l. 13. C. *eod.* vorge-tragenen Rechte, Kraft deren dem Gläubiger nichts schaden kan, wenn eine Weibs-Person das von ihm Darlehnsweise erhaltene Geld andern Persoh-nen zuwendet, sich berufet, hiernächst in der Meynung stehet, daß allen-falls die Exceptio SCti Velleiani, wegen der von der Wieder-Klägerin ge-brauchten Gefährde und Arglist, hinwegfallen müsse, demnach, daß Wie-der,

der Klägerin mit ihrem Suchen abzuweisen, es das Ansehen gewinnen mögte, D. N. D. Wieder-Beklagter bey dem 8. 9. und 17ten Punkte der Litis Contestation, daß Wieder-Klägerin, daß Er ihr 600. Rth. zu ihren Bedürfnisse, 400. Rth. aber ihrem Bruder dergestalt leihen mögte, daß sie wegen 200. Rth. vor diesen letztern sich verbürge, ihm ausdrücklich geschrieben und angesonnen, Er hingegen auf ihres Bruders Nahmen nur 200 Rth. auf der Wieder-Klägerinn Credit und Nahmen aber 800. Rth. hergegeben, eingeräumt, demnach, daß derselbe wohl gewußt, wasmaßen Wieder-Klägerin 200. Rth. in Bürgschaft vor ihren Bruder übernehme, und nur 600. Rth. von dem verschriebenen Capital genießen werde, um so viel deutlicher erhellet, als Wieder-Beklagter nach seinem bey dem 12ten Punkt der Litis contestation geschehenen Geständniß, die sämtlichen 1000. Rth. von deren Repartition in obangezogenem Schreiben Meldung geschehen, derselben verstorbenen Bruder selbst zugestellet, bey welchen Umständen Wieder-Beklagten nicht allein die in

l. 12. §. 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei.

enthaltene Disposition, vermöge deren, wenn ein Gläubiger weiß, daß eine Weibs-Person das Geld in der Absicht, andern solches vorzustrecken, aufgenommen, das SCtum Velleianum Platz findet, ingleichen dasjenige, was *l. 14. C. eod.* verordnet, da diese 200. Rth. nur zum Scheine auf Wieder-Klägerin geschrieben worden, offenbahr entgegen steht, sondern auch, daß er wider Vorschrift der Rechte *l. 19. §. 1. D. h. t. in fraudem SCti*, die von der Wieder-Klägerin vor ihren Bruder verlangten 200 Rth. auf ihren Credit und Nahmen schreiben lassen, und sie zum Schein, als Selbst-Schuldnerin angenommen, ohngeachtet sie sich in der That vor denjenigen, so die Gelder von Wieder-Beklagten angenommen, nur verbürget, nicht geleugnet, auch der Wieder-Klägerin bey dieser Bewandniß keine Gefährde bemessen werden kan, überdiß ihm die affectirte Unwissenheit, da ihm die Absicht der Wieder-Klägerin von Anfang bekant gewesen, und er sich dißfalls genauer erkundigen sollen, nicht zu statten kommt, *l. 17. pr. in fin. D. ad SCtum Vellei.* dahingegen dasjenige, was *l. 13. C. ad SCtum Vellei.* enthalten, nur von dem Falle, wenn die Ehe-Frau ihrem Ehe-Manne von dem gelehnten Capital den Vsumfructum gönnet, oder ihm sonst etwas davon genießen läßt, oder die Gelder, aus eigener Bewegniß, ohne des Ehe-Manns Veranlassung, ihm und denen seinigen damit auszuhelffen, bey andern aufnimmt, zuverstehen, und auf dergleichen negotium, da das Capital selbst vor einen andern, so das Darlehn verlangt, und ihm Gelder, von andern zu verschaffen, gebethen, mit des Gläubigers Vorwissen aufgenommen wird, nicht zu erstrecken, mithin Wieder-Beklagter die Bezahlung solcher 200. Rth.

Fasc. V. M bey

bey der Conuention von Wieder-Klägerin zwar zur Ungebühr verlangt, auch die der Litis Contestation von ihm angehängten *Exceptiones peremptoriae* durch unstreitige Verordnung der Rechte erlediget werden, gleichwohl derselbe von der Weibs-Person, so sich auf diese Art vor andere verbürget, iura cessa zu verlangen und den Haupt-Schuldner, oder dessen Erben, in Anspruch zu nehmen, nach klarer Vorschrift *l. 1. §. 2. §. l. 8. §. 14. D. Scutum Vellei. it. l. 10. D. eod.* wohl befugt, und, bey obgedachtem Zweifel, welcher ihm zu diesem Litigio wohl verleiten können, mit Erstattung der Schäden und Unkosten nicht unbillig zu verschonen, So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.

XXXV.

P R O G R A M M A

EX IVRE NAT. ET GENTIVM

BONORVM IMMOBILIVM
POSSESSIONEM

SALTEM NON ITEM DOMINIVM TRIBVI.

NISI

MAGISTRATVS INVESTITVRA ACCEDAT.

VITEMBERGAE, AD D. XIX. AVG. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*N*atura quidem, cum nihil nos, nisi quod ad *necessitates* nostras subleuandas, aut *commoditatem* vitæ procurandam, pertinere possit, expectere iubeat, *privatis* certe *dominia* non attribuit, & vix permittit, vt bona, quamuis recte acquisita, quibus *sine nostro incommodo* carere posse videamur, exclusis aliis, *perpetuo* retineamus. Enim vero hominibus moderatis & continentibus ad vitam feliciter & commode ducendam sufficiebat ius *possessionis* securae, atque ab inuasorum iniuria defensæ, tam diu duraturum, donec ipsi satiati res occupatas indigentioribus relinquere possimus. Ne *gentes* quidem *liberæ* & vniuersitates nationum, quæ terris ac regionibus bello potitæ sunt, aut in sedes vacuas venerunt: iure victoriæ aduersus omnes externos tutæ sunt, vt alios a possessionibus, quas ipsæ occuparunt, in perpetuum excludant, si sedes angustiores & circumscriptiores ipsis sufficiant, ad ciues suos alendos
atque

que explicandos. Quapropter non Germanorum duntaxat priscis moribus, ^{a)} sed ex naturæ etiam præcepto, migrationes gentium, quo nomine inuasiones etiam publicæ comprehenduntur, nullam habent infamiam, si extra fines cuiusque ciuitatis fiant, atque a gente indigentiore, non tam iuventutis exercendæ, quam necessitatis & sedum quærendarum causa, quas exteri sine suo incommodo egentibus concedere posse videantur, bellum moueatur. Neque enim gens bello a finitimis perita iuste conqueretur, si possessionibus, quas præter necessitatis & vtilitatis rationem retinet, ab indigentiore exuatur.

Igitur ne gentibus quidem, si rationem naturalem audiamus, occupatio terrarum *dominium* & ius semper duraturum tribuit, sed *ius possidendi* indigentia & commoditate cuiusque populi circumscriptum: quod exspirat, cum primum populus, qui suis angustiis contentus esse poterat, fines latius explicat, & indigentiores superueniunt, quibus, sine sua iniuria, parte aliqua cedere, & hospitium præbere possit. Tandem vero, cum quilibet, populus vtilitatis & commoditatis suæ modum ex sua vel auiditate, vel modestia, sibi constitueret, odio rixarum, & contentionum, quæ inter pares facile enascebantur, proxime accolentes *cum finitimis* pacti sunt, ut, sepositis illis de cuiusque indigentia litibus, quod quisque populus possideret, illud eius quasi proprium & pleno iure acquisitum haberetur. Qua re fines constituti sunt, intra quos cuiusque cupiditas se contineret.

Hac fere ratione *prima species domini* enata est, quod non *priuati*, sed *ipsæ vniuersitates* integrarum *nationum*, ut dictum est, pactione cum finitimis, saluo iure extetorum impetrarunt. Quicquid vero *ad integram nationem*, tanquam ad *unum corpus*, ita peruenerat, cum ab vniuersis coniunctim possideri commode non posset, inter *singulos* distributum est; ut, quæ ab omnibus parita & acquisita erant, illa singulis prodesse. Sed *singulis* quidem ab initio respublica non videtur *dominium* aut *ius perpetuum*, sed *ius possidendi* duntaxat, reliquisse: quo finito ipsa suum repetere poterat a possessore, atque ad alios transferre; donec tandem, cum ager fere a possessoribus incertis, & mox de statione priori decessuris, negligere-tur, prouocandæ industriæ & culturæ promouendæ causa, placuit, ut fundi possessoribus, post culturam, perpetuo, & *quodam iure domini* permitterentur. Hoc NERVA filius intellexit, qui a quo PAVLLVM L. R. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess. dominia ex naturali possessione orta esse, ait: „cum natura ignoret dominium, & solum *ius possidendi* a ratione naturali proficiscatur. Idem etiam TULLIO ^{b)} placuit, qui, sunt autem, „inquit, *priuata nulla natura*. Sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege,

M 2

a) CÆSAR de bell. Gall. VI. 23. 6.

b) CIC. I. off. 7.

„*pactione, conditione, sorte.* Imo vero luculentius A V G V S T I N U S c. i. dist. VIII. „*iure humano*, inquit, dicitur, hæc villa *mea* est. Tolle iura „*imperatorum*, & quis audet dicere: hæc villa *mea* est, aut hic seruus *meus* est, aut domus hæc *mea* est. „ Vt intelligatur, domina priuatis non a *natura*, sed a *republica*, *lege ciuili* demum tributa esse.

Quæ cum ita sint, apparet, integras *gentes* primum *uniuersitatem agrorum*, quos possident, *pactione* cum finitimis, aut *iure victoriæ* adquisuisse: tandem vero, ne agri, qui ab vniuersis coli non poterant, steriles & inculti essent, magistratus bona immobilia inter ciues diuisisse, atque ad acuendam illorum industriam subinde *ius* quoddam *perpetuum* aut longius duraturum possessoribus dedisse: ita tandem *singulorum dominia* enata esse. Qua re euenit, vt quamuis possessiones a republica translatae essent ad priuatos, tamen semper *iuris aliquid* circa priuatorum dominia manserit *apud magistratus*, & singulorum possessiones coniunctim sumtae *uniuersitatem* quondam bonorum constituerint, quæ principis aut magistratus potestate regeretur. Ideoque certe P O M P O N I U S l. 239. §. 8. D. de *verb. signif. territorium* appellari, ait, *uniuersitatem* agrorum intra fines cuiusque ciuitatis, vbi magistratus ius terrendi habet. Vt non possit esse obscurum, quæ a priuatis possidentur, vinculo quodam communi contineri, & *uniuersali titulo* ad rem publicam inprimis pertinere. Hæc de causa T V L L I U S c) accidisse, ait, vt ager Arpinas, Arpinatum dicatur, quasi ille ad vniuersitatem nationis pertineat, quamuis agri singuli a priuatis & singulis possiderentur. Romani certe, quod P O M P O N I U S l. 5. §. 2. D. de *captiu.* & P R O C V L V S l. 7. D. *eod.* obseruarunt, dominia priuatorum apud exteros non agnouerunt, nisi cum *gente* illa amicitiam, aut hospitium aut foedus amicitiae causa factum, respublica haberet; cum nihil singuli possideant, nisi quo a gente & magistratibus nationum ipsis concessum fuerit, adeoque ius priuatorum ex iure totius gentis æstimandum esse videatur.

Itaque priuati fere ex beneficio magistratus atque nationis agros & possessiones fundorum iure domini subinde acceperunt, vt fundos diligentius colerent, atque ad faciendam sementem spe messis & fructuum inuitarentur.

Sed quanto minus gens quaelibet agriculturæ & ædificiis operam dabat, tanto plus iuris in qualibet republica magistratus sibi retinuit, tantoque minus transtulit ad singulos & priuatos. Ideo *Sueui & Germani* inprimis cum agriculturæ non studerent, sed agros, quod CÆSAR d) & T A C I T U S e) affirmant, infirmissimo cuique in familia colendos committerent, olim non facile *certa dominia* fundorum & agrorum a magistratibus impetraue-

c) C I C. off. l. 7.

d) CÆSAR bell Gall. III. 1. 4. VI. 22. §. 1 seqq.

e) T A C I T.

de moribus Germanorum, c. 14. & 15. & c. 26.

trauerunt. Enim vero, si Cæsari, & Tacito fides est, apud Sueuos priuati atque segregati nihil fuit, neque longius anno remanere vno in loco, incolendi causa, licuit. ^{f)} Neque quisquam Germanorum agri modum certum aut fines proprios habuit; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui vna coierunt, quantum eis, & quo loco, visum est, attribuerunt agri, atque, anno post, alio transire coegerunt. ^{g)}

Ex quibus rebus intelligitur, magistratus imprimis, vt studium agriculturæ & ædificandi in ciuibus excitarent, dominia fundorum illis assignasse & si vtrumque negligeretur, agros magis in potestate reipublicae, quam priuatorum, permansisse. Certe apud multas Germanorum nationes & imprimis apud Saxones, extant prisca moris vestigia, vt, quamuis hodie diligentius ædificemus, & agri a nostris non omnino negligantur, adeoque certiora etiam dominia priuatis tribuantur, tamen magistratibus multum sit iuris in res immobiles & fundos, qui a priuatis possidentur. Ausim enim affirmare, ex illo, quem indicaui, fonte profectum esse, vt ne hodie quidem fundi a priuatis in alios efficaciter, nisi auctoritate magistratus competentis, transferantur. 2 Land. R. art. 30. Weichb. art. 20.

Sed quantacunque fuerit illa magistratuum in res priuatorum immobiles potestas, caue tamen existimes, quod propter necessitatem petendæ inuestituræ, possessores fundorum magistratui nexu clientelari, tanquam vassalli, obstringantur. Imo vero fundos in dubio pro allodiis habemus, atque auctoritatem magistratus circa res soli, magis ex veteri instituto gentis nostrae, quod supra indicaui, deriuamus, quam vt ius domini directi ad illum pertinere arbitremur. Enim vero antiquitas illius moris, quo possessiones fundorum priuatis non efficaciter nisi auctoritate magistratus attribuuntur, efficit, vt, si quid res habeat difficultatis, potius officium illud, quod ab vltima ætate in Saxonia omnibus possessoribus fundorum incubuit, quam obligationem vassalli, quæ ex pacto singulari enascitur, domino rerum immobilium impositum putemus. Sed alii quidem, quid inter fidem clientelarem & ciuicam intersit, diligenter tradiderunt. ^{h)} Nuper vero ordini nostro species quædam oblata est, in qua multa in vtramque partem disputabantur. Jauolenus a Scæuola, domino directo, obtinuerat, vt duo feuda in allodium, als Erb und Eigen, und Rechte allodial und Erb-Güther, mutarentur, saluo honore domini directi, cui propter illos fundos Jauolenus fidem & obsequium obligauerat hac formula: Jedoch sollen die Besißere dieser Güther dem Herrn der Standherrschaft N. und dessen Successor, solcher Vererbung ungeachtet,

M 3

^{f)} CÆS. bell. Gall. III. 1. 7.

^{g)} CÆSAR. VI. de bell. Gall. 22, 2. TACIT. de morib. Germ. 26.

^{h)} MAULLVS de homag. c. 1. SCILT. c. 4. iur. feud. Alem. §. 9. BIGNON. ad L. 1. c. 18. form. Marculphi. SCHILT. de Landsass. c. 8. ROSENTHAL c. 10. concl. 15. EYBEN. c. XI. §. 13.

tet, allen schuldigen *RESPECT*, so viel Ihnen dieser Güther halben zukommt und gebührenden Gehorsam jederzeit bezeugen. Possessores fundorum, ultra tempus longissimum, quoties vel aliquis ex Scævolæ, vel ex Jauoleni, successoribus decesserat, bey allen Veränderungen in manu dominante & feruiente, *renouationem inuestituræ*, abhibita voce feudali, *Muthen*, petierant: præterea successores Jauoleni, ætate minores, etiam dilationem usque ad ætatem maiorem, *Indult-Scheine*, impetrauerant, qua cautione illi vruntur, qui in feudis succedunt. Tandem nouus successor, iugo illo excusso, fundos vendiderat, ignorante successore Scævolæ, cui fides & obsequium promissa erat. Scævolæ successor, cum fundi, ipso ignorante, a possessore venditi fuerint, *feloniam* a vasallo commissam accusabat, & possessorem vel feudis priuandum, vel multa coercendum esse, arbitrabatur. Res varie tractata. Dominus directus *fidem & obsequium* ex formula inuestituræ sibi deberi, sed, quale sit illud obsequium, ex obseruantia intellegi, aiebat: *petitionem renouationis inuestituræ*, impetrationem *dilationis* propter ætatem minorem & reliqua, satis indicare credebat, quod *nexu* quodam *feudali* adhuc obligati sint fundorum illorum possessores: non obstare, quod in allodia mutati sunt fundi, cum voluntaria etiam agnitione res allodialis in feudum offerri possit: itaque vel priuatione feudi, vel multa, in possessorem animaduertendum esse, affirmabat. Sed responsum est: nec priuationi, nec multæ, locum esse, sed emptorem præceptis pœnalibus ad inuestituræ allodialis petitionem adigendum videri. Enimueto *inuestituram* etiam in allodiis immobilibus desiderari certum est, vt cogi possint possessores, ad illam a iudice petendam. ⁱ⁾ Neque tantum constat inter omnes, *feudi* iura non præsumi; sed obstabat etiam formula inuestituræ, qua Jauolenus ab omni nexu feudali liberatus erat. *Renouatio inuestituræ* etiam in allodiis recte petitur, & superflua maiorum, in illa petenda, sollicitudo & diligentia posteris nullam necessitatem imponebat: ideoque potius solennis illa magistratuum apud Saxones circa res immobiles potestas, ab antiquissimis moribus profecta, quam ius domini directi, ad successores *SCÆVOLÆ* pertinere videbatur.

XXXVI.

ⁱ⁾ EYBEN. elect. feud. c. 5. & c. 6. §. 7. ZIEGLER de dote eccles. c. 5. §. 20.
HORN. iurispr. feud. II. 3.

XXXVI.

DISSERTATIO

DE CLERICO OB PACTIONEM
CVM PATRONO FACTAM
SACERDOTIO SE ABDICANTE.

VITEMBERGAE, AD D.

. AVG. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Longius opinione sua a vero absunt, qui non solum non reprehendendos, sed plane officio bonorum virorum egregie perfunctos, ideoque laude dignissimos, esse arbitrantur illos, qui, ab omni hominum consortio remoti, in obscuro latete, quam quicquam cum aliis negotii habere, malunt. Enimvero, cum societati humanae eam contigisse fortem videamus, ut alter alterius ope indigeat, ac, nisi in praestandis accipiendisque officiis, quod quisque minus per se ipsum potest, id ipsi suppeditetur, vicissimque ipse reddat, *uniuersorum salus* omnino non subsistere, aut certe minus commode durare, possit; manifestum est, communem utilitatem non deseruntaxat, sed etiam prodi ab iis, qui vitam ita trahunt, ut sibi solis nati fuisse videantur. At vero, ut quisque est recti amantissimus, ita maxime perspicit, quod *PLINIVS* ^{a)} ait, *esse hanc philosophiae & quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, iudicare, promovere & exercere iustitiam, quaeque philosophi doceant, in usu habere*: ideoque a perniciofa ista hominum ignauorum desidia abhorret. Illi certe, qui *iuris scientiam* apud *Romanos* professi sunt, pessime de iis iudicarunt, qui sibi solis indulgerent, corpori tantum deseruirent, atque omnia, quae sequerentur in vita, quaeque fugerent, voluptatibus atque doloribus aestimarent, ac vel minimum molestiae & laboris, republicae causa, subire detrectarent; tantumque abest, ut illorum inertiae concedendum esse putauerint, ut etiam propositis *poenis* illos in partem publicorum munerum vocarent. Equidem, eum non pauca ex iis, quae publico nomine suspicienda erant, munera cum emolumento tum honoris tum rei familiaris coniunctae essent, qui sese ingererent ac plane obtruderent, non facile omnino defuerunt. At, qui ea capefferent, quae dignitatis & utilitatis nihil, vel parum, laboris vero plurimum, haberent, vix reperti sunt; ut etiam non raro potestate magistra-

Fuga munerum publicorum odium abdicationis.

a) PLIN. lib. I. ep. 10.

stratum opus esset, qua ad subeunda eiusmodi munera ciues desidiosi compellerentur. In *municipiis* certe tam odiosa visa sunt tamque onerosa esse munera, ut quod ex *PLINIO* ^{b)} apparet, iam, Trajano imperante, inuiti adeo traherentur municipales, ad munus publicum suscipiendum; quorum plerosque, *Constantini* ætate, solum vertere, quam muneribus publicis onerari, maluisse, *ZOSIMVS* ^{c)} obseruat. *VLPIANVS* igitur in l. 9. *D. de munerib. & honorib.* obtinuisse ait, ut iisdem remediis, quibus tutores & curatores, ad suscipiendum officium adigerentur. *Si quis, inquit, magistratus in municipio creatus, munere iniuncto fungi detrectet, per præsidem munus agnoscere cogendus est, remediis, quibus tutores quoque solent cogi ad munus, quod iniunctum est agnoscendum.*

Cogebantur igitur aliquando ciues, ut munera publica subirent. At enim vero, utrum eorum tanta penuria non fuerit, qui munera honorifica, forte etiam profutura, appeterent; id tamen utrique generi commune fuit, ut, qui semel ad quodcunque accessisset, interdum, ductus poenitentia, consilium mutaret, & ad otium reuerti vellet. Sed placuit, ut ab eo, quod susceptum esset, pro lubitu abire quisquam sine dedecore non posset. *CAMILLVM* certe, quem inter belli Gallici calamitates Ardea reuocatum, ciues dictatorem fecerant, *abdicare* se dictatura senatus populusque passus non est, nisi anno circumacto, ut *LIVIVS* ^{d)} enarrat. Neque aliud, introducto in locum reipublicæ principatu, placuisse, *præsidesque* prouinciarum, *abdicando* sese, *nihil egisse*, siquidem sine nutu principis, a quo prouincia decreta fuerat, id fecissent, in l. 20. *D. de offic. præsid.* affirmatur. Etenim *PAPINIANVS*, ex cuius lib. 1. *respons.* ista lex desumpta est, *legatus, inquit, cæsaris, id est, præses vel corrector prouinciæ, abdicando se, non amittit imperium.* Nec errabit qui de proconsulibus & quibuscunque prouinciarum rectoribus magistratibusque urbanis & municipalibus idem affirmandum esse putet. De defensoribus quidem ciuitatum omnino certum est, *THEODOSIVM & VALENTINIANVM* imperatores in l. 10. *C. de defensoribus ciuit.* interdixisse, ne quisquam a munere sibi demandato *missionem* haberet, nisi, sacris codicillis, *venia* a principe *impetrata* fidem præfecto prætorio faceret, adiecta etiam etiam triginta librarum auri multa: a præside prouinciæ & quocunque magistratu exigenda, qui forte, non expectata principis auctoritate, quemquam dimisisset. De tutelæ denique ac curæ muneribus sancitum fuisse nouimus, ut ne quis, quod semel subiisset, incio magistratu deponeret: ac *Diocletianum* vna cum *MAXIMIANO* in l. 2. *C. quando tutor. vel curat. esse desin.* praecepisse, ne tutoris vel curatoris officium ex sola pupilli vel minoris voluntate finiatur. Enimuero, quam

ob

^{b)} *PLIN.* Lib. X. Epist. 114.
c. 1.

^{c)} *ZOSIMVS* L. II. p. 115.

^{d)} *LIV.* L. VI.

ob causam in l. 10. D. de offic. procons. licitum esse negat VLPRIANVS, ante aduentum successoris ex provincia abire, cum provinciae utilitas exigat, esse aliquem per quem negotia sua explicent provinciales; eadem certe obtinet in reliquis, quocunque tandem nomine veniant, *muneribus*, communis utilitatis causa introductis. Quæ ne vel per minimum temporis spatium cessent, quam maxime interest ciuitatis, ad cuius salutem & tranquillitatem inprimis pertinet, ut semper adsint, qui omnia praeuideant, ad omnes casus vigilent, ea denique, quæ peragenda sunt, mature expediant, & sine mora atque cum cura, administrent. Ut taceam, permagni referre, illos, qui rerum in ciuitate potiuntur, securos esse posse, quod maneant in officio, quibus reipublicæ administrandæ partem commiserunt, quorum industriam delegerunt ad ea, quæ repente incidunt, diligenter procuranda, a quibus denique rerum gestarum exigere rationem possint.

§. II.

Quæ omnia cum inprimis conueniunt in *sacra munera*, ob curam *Odiosa inprimis a munere sacro abdicatio.* animarum inter Christianos introducta, certisque personis, quæ illa defungantur, demandata, tum etiam rationes peculiare incidere, quibus legum ecclesiasticarum conditores adducti sunt, ut *sacri ordinis* hominibus interdicerent omnino, ne locum in quo collocati sunt, sine *caussa grauissima*, nec in scio *superiore* deserant, aut temere vacuum relinquant. Enim vero, ipsa sacri illius negotii grauitas optimo cuius ac religiosissimo sacerdoti facile persuadet, ne quid committat, ex quo vel minimum detrimenti quisquam ex cœtu sibi commissio patiat. Manifestum enim est, accidere posse quotidie, quæ operam ministri ecclesiæ requirunt. Sane cum diuino nutu ac consilio fieri credamus, ut docendi verbi diuini atque ministrandorum sacramentorum munus cuiquam committatur, & quilibet illorum, se rite & ex summi numinis voluntate vocatum esse, arbitretur; ferendum vix esse visum est, ut quis pro lubitu spartam sibi demandatam deponat, molestiæque vitandæ causa, aut impediendi, nescio cuius, imaginario obtentu, ad otium vitamque remissorem reuertatur. Leue certe atque indignum probo viro in omni vitæ genere videtur, officiorum præstandorum necessitatem, priuata commoditate aestimare, & suo vel studio, vel ignauia, metiri. In *sacris* autem *muneribus* nimia *recedendi* facilitas eo magis est reprehendenda, quo plus inde incommodi & damni ipsa ecclesia capere videtur. Enim vero, cui potest esse obscurum, quantum in eo momenti positum sit, ne alii subinde & alii constituentur sacerdotes aliis plerumque, in tanta capitum sensuumque varietate, moribus instructi, nouam semper in docendo custodiendoque coetu rationem ineuntes. Illud vero exploratum est, eo facilius proficere doctorem, eoque certius auditores etiam dictis monitis obsequentiores reddi, quo arctior inter utrosque coniunctio animorum in-

tercedit, quoue certius de pastoris in se voluntate ac salutis æternæ promo-
uendæ studio persuasi sunt parochiani. At non vno alteroue die *fiducia* ista
comparari potest: tempore opus est & occasione ad probandam fidem ac
benevolentiam conciliandam, amoremque mutuum, quo nihil ad continendos
in obsequio hominos accommodatius remedium excogitari potest confirman-
dum. Sua sunt præterea cuique coetui studia sui mores, suæ propriæ cupi-
ditates, quibus vel maxime ducuntur, & vel in rectam viam, vel errorem
facile trahuntur. Quos quidem recessus nisi quis inuestigauerit penitusque
perspexerit, atque consilia sua ad omnes opportunitates accommodauerit,
vel paruum laboris sui fructum sentiet, vel frustra omnino in illo campo
desudabit. Aut omnia me fallunt, aut ex his ipsis causis, inde ab antiquissimis
temporibus, leuitas illorum improbata fuit, qui nullis vel exiguis difficul-
tibus permoti, *stationem* sibi tributam *reliquerunt*. Illi profecto, qui cum
cura in officio versati sunt, *resignationum* & *renunciationis*, quam dicunt,
iustitiam, neque ignauia, neque inertio otio, neque privato arbitrio, meti-
andam esse existimarunt, ideoque omni modo in officio retineri ministros
ecclesiæ, semel huic rei adhibitos & inauguratos, voluerunt. Inter cetera,
quæ in *canonibus apostolicis* de disciplina ecclesiastica sparsim decreta conti-
nentur, *can. 35.* sancitum est: „*episcopos ordinatos, qui ministerium vel cu-
ram populi sibi commissam non susceperint, a communione tamdiu seiungen-
dos esse, donec suscipiant obedientiam accommodantes.*” Neque presby-
teris & diaconis semel ordinatis integrum esse voluerunt eiusdem canonis au-
ctores, ut, quod impositum esset oneris, vel subirent, vel etiam pro arbi-
trio excuterent, & operam promissam ecclesiæ præstare detrectarent. Col-
ligi exinde potest, quod THOMASSINVS *de disciplina ecclesiastica* ^{e)}
obseruauit, tanto minus de loco semel occupato decedere potuisse sacerdo-
tes & episcopos, quanto grauius in eos animaduertendum esse, patres ee-
clesiæ putarunt, qui nuper oblatum munus temere repudiarent. Eandem
sententiam fuisse *concilii Nicæni* patribus, ex *canone XVI.* huius concilii
manifestum est, in quo a communione ecclesiæ excludendos esse decreue-
runt clericos, ecclesiarum suarum desertores. Etenim *omnem*, inquit,
*necessitatem conuenit iis imponi, ut ad suas paroecias reuertantur: quod si
non fecerint, oportet eos communione priuari.* Sane, ut non temere sub-
terfugienda est occasio, publicæ causæ consulendi, ita in sacris præcipue
ministeriis strenue perseverandum esse voluerunt viri pietate insignes; ideo-
que CYRILLVS ALEXANDRINVS in epistola quadam, apud Balsamo-
nem, grauitè pronunciauit: si sunt digni, qui sacra mysteria obeant, in
iis maneant, si autem indigni, ne per *renunciationem* exeant, sed potius
con-

e) THOMASS. de discipl. ecclesiast. l. II. c. 50. §. 3. p. 168.

condemnati. Hoc enim, & THOMASSINVS loco citato & PETRVS de MARCA ^{f)} obseruarunt.

§. III.

Neque tamen tam duri veteres fuerunt, ut ne interueniente quidem *iusta causa* aliquando voluntati illorum, qui permanere in statione recusabant, cum res illud postulare visa est, obtemperauerint, illosque liberauerint illo vinculo, quo obstricti tenebantur. Ut enim *salus ecclesiae* suprema lex esse debet apud optimum quemcunque; ita, promouendae eius causa, *renunciationes* etiam, quas tamen alias satis difficulter admittebant, non omnino improbandas esse, censuerunt. Apud GREGORIUM certe Nazianzenum *pacis seruandae* studium plurimum valuisse ad locum derelinquendum, cui quis sine detrimento ecclesiae praesse non posset, suo ipsius exemplo declarauit. Etenim SOZOMENVS ^{g)} auctor est, illum ab imperatore, & clero Constantinopolitano, episcopisque quam plurimis, ad episcopatum imperialis sedis delectum, postulantibus primo assensum suum accommodasse, mox tamen, quod alios sibi infestos & aduersarios esse cognouisset, abire, quam *dissensum* & turbas in ecclesia facere, omnino maluisse; cum religioni sibi duceret, ecclesiam tempestati obicere, ab iis excitatam, qui sedare potius, forte fortuna ortam, debuissent. Nec alia de causa GREGORIUM istum a *Sasimorum* episcopatu discessisse, compertum est, quam, cum per loci iniuriam, & *incolarum malitiam*, duorum denique metropolitae de finibus prouinciae contentionem, non videret, quid prodesse posset. Praedicat AVGVSTINVS ^{h)} & maximopere collaudat eorum consilium, qui propter publicum ecclesiae bonum episcopatibus cedere, quam contentionibus & litibus viam facere atque locum dare mallent. Longe gloriosius, inquit, esse, episcopatus sarcinas, etiam propter ecclesiae vitanda pericula, deposuisse, quam, propter regenda gubernacula, suscepisse. Ideoque & MAXIMIANVM Africae episcopum hac ipsa de causa *renunciantem*, non per ignominiam cecidisse, sed gloriose cessisse, affirmavit. ⁱ⁾ Sane, cum expeditum sit, quod idem AVGVSTINVS alibi scribit, episcopos & sacerdotes, non priuati commodi, aut splendoris, vel dignitatis, gratia constitutos, sed propter eos, quibus praecipis ac precibus praeire ac sacramentorum administratione adesse debent; non locus est dubitationi, melius agere, qui, cum finem propositum nulla ratione se consequi posse videant, cedere potius, quam perseuerare cum ecclesiae damno, voluerunt. Ita per obstinatos *Antiochenorum* male in se animatorum mores in episcopatu permanere noluit

N 2

^{f)} PETRVS de MARCA de concord. sacerdot. & imper. L. VII. c. §. §. 6. p. 820.

^{g)} SOZOMENVS L. VII. histor. eccles.

^{h)} AVGVSTIN. epist. 238.

ⁱ⁾ Ibid. eod.

luit MARTYRIUS eorum episcopus sed teste THEODORO LECTORE ^{k)} officio sese *abdicauit*, coetui autem publice declarauit, *clero immorigero & populo rebelli & ecclesiae contaminatae sese renunciare, seruata tamen sibi sacerdotii dignitate.* Certe etiam MELETIVM, episcopum cuiusdam in Armenia vrbs, propter *inobedientiam* subditorum, alio se contulisse & priuatam vitam in otio degisse, enarrat THEODORETUS. ^{l)} Illud vero prae ceteris placuisse priscis ecclesiae patribus intelligimus, vt, quotiescunque per imbecillitatem humanam *lapsus* forte esset episcopus, ac propter *peccatum*, quo ecclesiam offendisset, sese ex voto consulere posse commodis suorum desperaret, licite *abiret*. Ipse, quem antea, laudaui, AVGVSTINVS ^{m)} quod obseruauit THOMASSINVS ⁿ⁾ grauitur sacerdotes admonuit, qui ecclesiae suae *sine scandalo* praesse nequeunt, atque ad *deponendum* officium ipsos inuitauit. „Neque enim, scribit Hipponensis episcopus, *episcopi propter nos sumus, sed propter eos, quibus verbum & sacramentum dominicum ministramus, ac per hoc, vt eorum sine scandalo gubernandorum sese necessitas tulerit, ita vel esse, vel non esse, debemus, quod non propter nos, sed propter alios, sumus.* Denique non nulli sancta *humilitate praediti viri, propter quaedam offendicula, quibus pie religioseque mouebantur, episcopatus officium non modo sine culpa, verum, etiam cum laude, posuerunt!* Ipse certe, cum Antonium quendam, alumnus suum, meliore consilio quam euentu, Fustalensi ecclesiae episcopum commendasset, tam aegre tulit hoc suum factum, vt oscitantiae, cuius ipse se reum faciebat, coercendae causa, episcopatum *abdicare* voluerit. ^{o)} Idque Caelestino pontifici Romano explicauit hoc in primis argumento: *cogitamus, quod ait apostolus, si nosmetipsos iudicaremus, a domino non iudicemur, iudicabo me ipsum, vt parcat mihi, qui iudicaturus est viuos & mortuos.* Eadem *scandali* vitandi causa fuit MAXIMIANO, Bagaiensi episcopo, vt suo se munere *abdicaret*. Iste enim, quod cum donatistis aliquando fecerat, *populo minus placebat*, licet a peruersa istorum hereticorum sententia iam dudum recessisset. MAXIMIANVS igitur, cum errorem, quem olim errauerat, ecclesiam adeo offendisse cerneret, vt etiam nunc pessime de se plerique sentirent, *sponte abiit* a munere, rationibusque consilii expositis patribus Mileuitanis factum prolaui. Atque hanc ipsam *abdicandi* episcopatus causam etiam subsecutis seculis plurimum valuisse, exemplis POTAMII Bracarensis episcopi & EBBONIS Rhemensis comprobatur. Ille enim cum libidini intemperantius indulgisset, eoque nomine grauioris animaduersionis se reum fecisset, *sponte abiit*, & sententiam concilii Toletani X. paullo post in se latam, praeuertit. Hic autem a LVDOVICO Pio imperatore accusatus,

^{k)} THEODOR. LECTOR L. I. p. 718.

^{m)} AVGVSTIN. L. II. c. 11. contra Crescon.

de disciplin. eccles. P. II. L. 2. c. 51. §. 2.

^{l)} THEODORET. L. II. c. 3. histor. eccl.

ⁿ⁾ THOMASS.

^{o)} AVGVSTIN. epist. 261.

crimenque confessus, a Synodo remedium poenitentiae petiit, ut a functione episcopali, qua se indignum agnouit, recedere liceret, quod PETRVS de MARCA p) annotauit. Atque, si recte iudico, inualuit omnino & obtinuit, ut quotiescunque clericus deponendus esse videretur ab officio, se ipsum potius abdicaret reus, grauitate criminis commotus, synodus vero sententiam damnationis ab ipso pronunciatam, cui reus iam obtemperauerat, confirmaret. Ita ut sentiam, facit formula ista, qua ARNVLPHVS Rhemensis Archiepiscopus perduellionis reus in cedendo archiepiscopatu vsus, & quae a PETRO de MARCA q) ex veteris æui monumentis descripta est. Quam quia ad institutum cumprimis pertinet, adiiciendam esse puto. His enim verbis concepta est: „Ego ARNVLPHVS quondam Rhemorum archiepiscopus, recognoscens fragilitatem meam & pondera peccatorum meorum, testes confessores meos — constitui mihi iudices delictorum meorum, & puram ipsis confessionem dedi, quærens remedium poenitendi, & salutem animæ meæ, ut recederem ab officio & ministerio pontificali, quo me recognosco esse indignum, & alienum me reddens, pro reatibus meis, in quibus peccasse me ipsis secreto confessus sum, & de quibus publice arguebar, eo scilicet modo, ut sint illi testes alii succedendi & consecrandi in loco meo quid digne præcesse & prodesse possit ecclesiæ, cui hætenus indignus præfui. Et ut inde ultra nullam repetitionem, aut interpellationem, auctoritate canonica facere valeam manu propria me subscribens firmaui.,,

§. IV.

Hæ quidem renunciationem causæ vsu veteris ecclesiæ inprimis comprobatae sunt, quae a nobis primo loco commemorandæ videbantur, quia præceteris pertinent ad institutum. Sed inueniuntur plures patrum auctoritate exemplisque confirmatae. Inprimis senectuti tanto iustiorē vacationem tribuendam esse existimarunt, quanto magis imbecillitas senum naturæ potius, quam culpæ hominum, debetur. Haud igitur difficulter veniam abeundi impetrauit BURCHARDVS, episcopus Wurtzburgensis, cum ingrauescentis ætatis obtentu successorem postularet, quod ex SVRIO supra commemorauimus. Neque GAVFREDO Syluaneensi episcopo, per ætatem & morbum corporis, laboribus impari, ac minus idoneo ad munus pro dignitate administrandum, missionem denegandam esse, arbitratus est pontifex: cuius rei RIGORDVS de gestis Philippi Augusti ad annum 1215.) testis est. Nimirum & grauitati morbi id concedendum esse duxerunt, ut renunciatio, isto titulo munita, admitteretur. Inter causas itaque, ob quas a Sasimorum episcopatu abiisse Gregorium Nazianzenum supra memorauimus, non

N 3

mini-

p) PETR. de MARCA. L. VII. c. 25. p. 1096.

q) PETR. de MARCA loc. cit. §. 9.

r) apud PITHOEVM p. 213.

minima fuit, *periculum*, quod *valetudini* eius ob inclementiam coeli & omnium rerum inopiam, impendere videbatur. Sic & SYLVANVM, Philippopolitanum in Thracia episcopum, ab Attico, Constantinopolitano Patriarcha, constitutum, SOCRATES ^{s)} refert, successore postulato, & imperato, episcopatum reliquisse, quod per *corporis imbecillitatem* frigus ferre non posset. Ex eadem denique causa *Ariminensi* episcopo assensus est GREGORIUS pontifex ^{t)} ut alius in illius locum deligeretur, cum per *capitis dolores* impediri visus esset, quo minus sacerdotio praesse posset. Sed non aequè probatum fuit illorum consilium, qui se, *maioris perfectionis* & singularis *pietatis* causa, abire sacerdotio dixerunt. Neque enim exemplum IOANNIS SILENTIARI, ab episcopatu *ad vitam monasticam* fugientis, tanti visum est, quod ruto sequerentur alii, ut diuinitus ad illud consilium capiendum excitatus esse crederetur, si verum est, quod in vita eius apud SVRIVM narratur. Quin potius illos, qui solitudinem & otium muneri demandato praeferrent, & *inconsulto superiore* in monasterium abirent, sanctitatis simulatione, grauitèr coërcendos esse statuerunt patres synodi Caesareo Augustanae can. 6. *Si quis de clericis propter luxum vanitatemque praesumptam de officio sponte discesserit, ac, velut obseruatorem legis, monachum se videri maluerit, quam clericum, ita de ecclesia repellendum*, decreuerunt, *ut, nisi rogando atque obsecrando, pluribus temporibus satisfecerit, non recipiatur*. Certe remediis canonicis ad officium reductos huius generis transfugas vel Fulgentii, abbatis cuiusdam in Africa, exemplo constat, quem ad abbatiam reuocatum esse episcopali auctoritate, ex FERRANDO adducit THOMASSINVS. ^{u)} Illud vero inusitatum, & decretis etiam conciliorum prohibitum fuit, ut quis *in fauorem* alterius, nulla alia, eaque graui, causa motus, a sacro munere abiret. Etsi enim in dubium vocari nequit, quod auctorum omni exceptione maiorum fide constat, vel religiosissimis praesulibus in more positum fuisse, ut *moribundi*, vel certe difficiliore morbo afflicti, *successores nominarent*, quos maxime dignos & ecclesiae utiles futuros existimarent; non tamen, hac sola nominatione facta vel depositum fuit munus, vel in alium translatum, quin potius, ius succedendi ab electione cleri & assensu populi pependisse, ^{x)} per quinque priora secula & ultra, THOMASSINVS demonstrauit. Praeterea etiam illud certum est, in *appellandis successoribus* id egisse optimos viros, ut ne alius post mortem ipsorum eligeretur, nisi quem recte de doctrina sentire perspexissent. Ceterum, ne quid vel *amicitiae*, vel *cognationi*, datum esse videretur, tam prouide interdictum fuit, ut etiam, indulgentibus aliquando metropolitans, vel episcopis prouincialibus, alii contradixerint, can-

^{s)} SOCRAT. histor. eccles. L. VII. c. 37.
^{MASS.} loc. cit. p. 173.

^{t)} GREGOR. L. IX. ep. 141.
^{x)} Ibid. l. c. c. 55. §. 5. sqq.

^{u)} THO-

uentes, ne episcopalis honor hereditarius videretur: hoc enim ex HILARII episcopi Romani *epistola* 2. intelligitur. Quibus quidem ita comparatis, nemo facile erit, qui sibi persuadeat, vel pactis, vel plane pretio, locum fuisse, quo quis ad *renuntiandum* excitaretur. Sane, ut turpe visum fuisset, si quis de *abdicando* sacro munere pactus esset, ita *simoniæ* crimen vix effugisset, qui vel *data pecunia* aliquem ad renunciandum prouocasset, vel *accepta*, provinciam sibi demandatam deseruisset. Namque & in eos conuenit, quod *canone apost.* 28. dicitur: *si quis episcopus aut presbyter aut diaconus, pecuniæ interuentu, hanc dignitatem nactus fuerit, deponitor tam ipse, quam qui eum ordinauit, & omnino a communione abscinditor, quemadmodum Simon magus a Petro.* Denique, ut pacta a renunciatione abesse voluerunt, ita vim in illa minime tolerandam putauerunt. Ideoque *proiectum* episcopum, cui propter diuturnum morbum inuito successorem dederat HILARIUS ARELATENSIS archiepiscopus, restituendum esse, *epistola* 89. pronunciauit LEO pontifex Romanus. Atque hac ipsa de causa aliquando dubitatum fuit, cum quaestio incidisset, utrum NICOLAUS MV-SALON, Amyclenus metropolitanus, a magistratu ad renunciandum adactus, efficaciter renunciasset, an vero cognitio de criminibus ipsi obiectis prius instituenda esset. Placuisse tamen, cognitionem fieri, *ne sacris altaribus & coelesti victimæ admoueretur minister, qui postea indignus & contaminatus comprobari posset*, ex Balsamone refert THOMASSINVS. y)

§. V.

Ex his igitur causis aliquando admissum est, ut quis munere se suo abdicaret. Supereſt, ut de modo, & legibus, quibus obsequi debuit, qui sacro officio renunciaret, videamus. Sed, in veteri quidem ecclesia ex eorum, qui sacra munera abdicarunt, exemplis constat, operam dedisse plerosque, ne forte ex nulla, vel non satis idonea, vel ea causa, quae probato viro omnino indigna esset, sacerdotii onera fugere & auersari viderentur; ideoque rationes consilii vel Metropolitanis, vel totis episcoporum conciliis, exposuerunt. Synodus certe Pamphiliensis examinauit renunciationem Eustathii, metropolitani sui, & tandem admisit, ut ex *epistola synodi Ephesinae ad Pamphiliensem* PETRVS de MARCA obse-<sup>Leges solen-
nis renunci-
ationis in
priori eccle-
sia auctori-
tas superio-
ris desidera-
ta.</sup> uauit. x) Idem THOMASSINVS secundum seriem temporum ostendit, & inualuisse, ai, progressu temporis, ut & Regum imperatorumque assensus peteretur ab episcopis, qui ab illo munere abirent. Et recte quidem, meo iudicio, cum docente, VLPIANO l. i. §. 2. D. de instit. & iur. ius publicum etiam in sacris & sacerdotibus versetur, & non parum reipublicae intersit, sacra cum dignitate, & a viris idoneis, administrari. LICINIUM quidem An-
dega-

y) THOMASS. loc. cit. c. 58. § 12. p. 197.
dia sacerdotii & imperii p. 820.

x) PETR. de MARCA de concor-

degauensem episcopum, mirum in modum a *rege & episcopis* efflagitasse, ut sibi successorem darent, in vita eius apud *SVRIUM* commemoratur. *SVLPITIVM* vero, *Bituricensem* archiepiscopum, *REMACLV M*, *Trajectensem* episcopum, *BONITVM*, *ARVERNVM*, *BVRCHARDVM*, *Wurizburgensem*, eandem in deponendo episcopatus munere rationem secutos esse, ex vitis eorum, apud *SVRIUM & BOLLANDVM* in *actis sanctorum*, intelligitur. Illud certe apparet, nondum iis temporibus obtinuisse, ut auctoritas *Romani episcopi* interueniret, quotiescunque ab episcopatu recedere cuiquam visum esset. Imo nec exempla eorum desunt, qui *conscientia* cuiusdam *criminis*, & pudore male administrati muneris, ne requisito quidem, vel *conciliorum*, vel *metropolitanorum*, vel *regum* consensu, abierunt. Etenim *MAVRITIVS*, *Andegauensis* ciuitatis episcopus, seuerus in se ipsum ac rigidus iudex suam solius sententiam secutus, episcopatum *deposuit*, quod sua negligentia puer, sacramento confirmationis nondum initiatus, obiisset, quod ex *SVRIO* indicauit *THOMASSINVS*. a) Atque in eo quidem facto adiutus videtur auctoritate *CHRYSOSTOMI* b) qui, *oportere puto*, inquit, *tanta cum religione & cautione ad episcopatum accedere, ut illius molem & magnitudinem detrectes, deinde adepto honore aliorum iudicia sententiasque non expectare, si quod forte commissum deprehendatur, propter quod oporteat te honorem illum deponere; quin potius anteuertens te ipsum munere abdicēs. Sic enim par est, ut diuinam concilies impetresque misericordiam, qui si honorem illum præter decorum tanquam mordicus retinere studueris, indignus es, qui veniam consequaris, tum vero diuinam iram magis ac magis incendes, altero peccato & eo grauiore a te addito.* Neque tamen haec ideo afferuntur, quod neminem omnino episcoporum adiisse *Romanum pontificem* asseueremus, cui episcopatu abire constitutum fuisset. Namque & ipsum *AVGVSTINVM* consilium *abdicationis* exposuisse *Cælestino*, pontifici Romano, supra commemorauimus. Et idem fecisse *RUSTICVM* *Narbonensem*, *CORBINIANVM* *Frisingensem*, aliosque quam plurimos, optimorum auctorum fide constat. Enim vero & illud certum est, & a *THOMASSINO & PETRO de MARCA* demonstratum, nullam renunciantibus huius rei necessitatem impositam, sed nudum potius pontificis Romani consilium expetitum fuisse ab iis, qui cauendum esse sibi duxerunt, ne suo arbitrio & per inertiam a statione recessisse viderentur: ceterum id impetrari ab iis potuisse aliorum etiam præsultum ac metropolitanorum, vel concilii cuiusdam interposita auctoritate. Et quid disputatione opus est, cum vel ex *PELAGII III. pontificis* Romani, confessione satis intelligatur, nondum eius ætate inualuisse opinionem, quod ad

a) *THOMASSIN. p. II. l. 2. c. 52. p. 173.*
tio l. 3. c. 10.

b) *CHRYSOSTOMVS de sacerdo-*

ad *sedis Romanæ* cognitionem & iudicium renunciationes episcoporum pertinerent. Is enim **BENIGNO** archiepiscopo cuidam, quærenti, num metropolitani auctoritate translatio episcopi fieri posset, ingenue respondit: *quia, sicut potestatem habes episcopos & sacerdotes regulariter titolare & ordinare, ita, ut prædictum est, causa necessitatis & utilitatis habes & mutare, ac de titulo ad titulum translatare, licet de minore ad maiorem urbem mutandus sit.* Sed recte a translatione, quæ & ipsa renunciationem continet, ad *simplicem renunciationem* duci posse argumentum, arbitramur.

§. VI.

Interim, quæ iam dudum animos hominum incesserat, religio & veneratio *sedis Romanæ* effecit, ut primum metropolitanorum plerorumque renunciationes ad *pontificem Romanum* deferrentur. Tum idem de *episcopis Romanæ* placuit, ut ægre ferrent pontifices, si forte, se inconsultis, quisquam ab ecclesia abiisset. Denique, quod *spon*te olim & libere factum fuerat, in *necessitatem* abiit. Inde igitur certis legibus circumscriptas esse videmus *renunciationes*, causasque expressas, quæ solæ legitimæ haberi possent, & ob quas admissurus esset *abdicationes* pontifex, competens huius rei iudex, si de abdicatione ageretur. Atque ut eo æquius & scripturæ sacrae convenientius esse videretur auctoritatis pontificiæ illud incrementum, excogitatae sunt rationes omnino speciosæ, ob quas ad *sedis Romanæ* cognitionem pertractæ essent istæ de renunciationibus cognitiones. Enim vero commenti sunt intercedere quoddam *vinculum* inter *episcopum* presbyterumque & *ecclesiam*, coniugio simile, quod *matrimonium spirituale* appellatum fuit. Nimirum placuit, quod *sponsus* ecclesiæ *servator* noster nominetur. Quæ igitur superiorum temporum fuit audacia, ac in conditione laicorum infra sacerdotum sortem deprimenda temeritas, induxit clericos, ut totius ecclesiæ contemplatione pontifici vindicarent locum **CHRISTI**, ceteri se *maritos* ecclesiarum particularium esse gloriarentur, idque sine rubore, cum magna servatoris iniuria, subinde affirmarent. Quod posteaquam semel probatum fuit, non abs re visum est, ea, quæ de vero matrimonio tum in litteris sacris dicta sunt, tum legibus æquæ ac iuribus ecclesiasticis definita, ad *spirituale* illud *matrimonium* trahere, & quantum fieri posset, ad rationes eius accommodare. Ut reliqua prætermittam, quæ, ex sententia iuris pontificii & interpretum, *carnali* & *spirituali* matrimonio sunt communia, solum illud *vinculum* arctissimum & paene *indissolubile* veri matrimonii occurrit, quod quidem, ut in vulgus notum est, non nisi ex paucissimis causis, accedente etiam iudicis ecclesiastici auctoritate, dissolui potest. Ad huius igitur, arctissimi nexus exemplum **INNOCENTIUS III.** pontifex Romanus voluit, ut, quod inter episcopum vel presbyterum & ecclesiam esset, vinculi,

Fusc. V. O non,

non, nisi *Romani praesulis* auctoritate, *caussa cognita*, diuelleretur. Certe de *vero matrimonio* seruator noster apud MATTHÆVM cap. XIX, commate 6, pronuntiat, *non separandum* esse ab homine, quod ab ipso DEO coniunctum fuit, ideoque adulterium committi ab iis, qui sine grauissima *caussa* diuortium faciant ab vxore. Inde vero in cap. 2. X. de *translat. episcop.* INNOCENTIVS III. colligit, *matrimonium spirituale* episcopi & ecclesiae tanto difficilius dissolui, quanto maioris momenti spiritualia praecorporalibus esse intelligantur, tantoque certius esse, suo solius iudicio reseruasse DEVM illas episcoporum voluntarias renunciationes; vt dubitari non possit, illas ad pontificis Romani cognitionem, quem vicarium Christi indubium esse perhibet, deferri. Cum ergo fortius sit, inquit, *spirituale coniugium, quam carnale, dubitari non debet, quin omnipotens DEVS spirituale coniugium, quod est inter episcopum & ecclesiam, suo tantum iudicio reseruauerit dissoluendum, qui dissolutionem etiam carnalis coniugii, quod est inter virum & foeminam, suo tantum iudicio reseruauit, praecipiens, vt quod DEVS coniunxit, homo ne separet. Non enim humana, sed potius diuina, potestate coniugium spirituale dissoluitur, cum per translationem, depositionem, aut cessionem, auctoritate Romani pontificis, quem constat esse vicarium Iesu Christi, episcopus ab ecclesia remouetur, & ideo tria haec, quae praemisimus, non tam constitutione canonica, quam diuina, soli sunt Romano pontifici reseruata.* Enim vero quis non videt, complura esse in hac pontificis constitutione, quae accuratius & seuerius pensitata locum suum tueri non possint? Vnde enim fidem faciet, vel mediocriter incredulo *matrimonii*, quod sacerdotes inter & ecclesiam esse fingit. *Sponsam* ecclesiae suae vocari *seruatorem*, ne nos quidem in dubium vocamus, & supra ingenue agnouimus, scripturae sacrae certissima auctoritate. At, vnde probabitur, in societatem istius coniunctionis, inter Christum & ecclesiam contractae, receptos esse clericos, quos *ministros sponsae & custodes* esse voluit seruator? Viderint igitur illi, qui tam audacter sibi vindicant alienam *sponsam*, ne durius egerint, dum ipsam Christi sponsam ad se pertinere arbitrantur. Sed fac, adesse etiam eiusmodi matrimonium, arctius quoque, quam ipsum carnale coniugium, contractum: cur vero in eo relaxando plus sibi sumit pontifex, quam in vero matrimonio ausus est vnquam? cur & *renunciationes simplices* & translationes episcoporum tam facile admittit, cum diuortium vix ex vna alteraue causa probetur, mutatio vero vxoris aut optio nouae coniugis in locum prioris omnino temere non permittatur: quem denique, cui sanum sinciput contigit, permouerit, vt ipsi *iuri diuino* credat reseruati illius, quod fingit, origines debere. Hoc enim si verum est, cur non idem obseruatum est in ecclesia, seculis a Christo nato proximis? Cur in iura vicarii istius DEI grassati sunt metropolitani & patres con-

conciliorum, quos tamen de ecclesiastica disciplina rectissime iudicasse, vel pontificii negare non audent. Nemo certe est, qui non videat, excogitata esse hæc, quæ in cap. 2. X. *de translat. episcop.* afferuntur, argumenta: ut, quod, inuitis ecclesiæ priscæ moribus, ad pontificiam maiestatem augmentum accesserit, colorem haberet, quo oculi & mentes hominum a veri cognitione in errorem ducerentur.

§. VII.

Satis, credo, dictum est de renunciatione clericorum, qui in altiori ordine, quem dicunt, constituti sunt. Superest, ut de presbyterorum cessione videamus. Neque enim opus est, ut multis demonstremus, constituta paulatim disciplina ecclesiastica, presbyteros subfuisse episcopis, quemadmodum episcopi quandam metropolitanorum in se potestatem agnouerunt. Ut igitur supra ostendimus, metropolitanos conciliis, episcopos metropolitanis & primitibus suis, exposuisse renunciationum causas; ita nec presbyteris, nec illis, qui, cum sacerdotes non essent, tamen in sacris esse dicebantur, aut minorum ordinum clericis, integrum fuit, a munere recedere, sine graui causa, illi exposita, cuius subessent dioecesi atque potestati. Voluerunt enim concilii Nicaen. patres, c. 16. quod ex c. 23. caus. 7. quæst. 7. intelligitur, ut qui recesserint ab ecclesia sua, siue presbyter, siue diaconus, vel in quocunque ordine ecclesiastico positi fuerint, non recipiantur in alia ecclesia, sed cum omni necessitate cogantur, ut recedant ad ecclesiam suam, & si permanserint, excommunicentur. At pertinuisse illam reuocandi potestatem ad episcopos c. 3. concilii Antiocheni declaratur. Censuerunt enim huius concilii patres, deponendum esse clericum, qui a sua ecclesia in aliam transmigravit, ibique sedem elegit, licet ab episcopo suo ad reuertendum fuerit exhortatus. Ut enim inferioris ordinis clerici, & alii, non, nisi cessione suorum episcoporum, ad alias ecclesias transmigrarent, etiam concilii CARTHAGINENSIS IV. can. 27. constitutum fuit. Qua re apparet, quod inde argumentum ducit THOMASSINVS ^{c)} nec cedere loco licuisse clericis, in quo collocati fuissent, propterea quod libere alias abire potuissent, si nulli amplius addicti ecclesiæ fuissent. Atque in ea sententia perstitisse illos, qui subsecutis temporibus disciplinæ ecclesiasticæ curam habuerunt, ex capitulari Caroli M. apud BALLUZIVM ^{d)} intelligitur, vi cuius, presbyteri, qui sine iussione proprii episcopi de ecclesiis ad alias ecclesias migrauerint, tam diu a communione haberi debent alieni, quam diu ad easdem non redierint ecclesias, in quibus primitus sunt instituti. Neque locus est dubitationi, easdem in abdicando presbyterorum munere, quæ in episcoporum

O 2

^{c)} THOMASSINVS P. II. L. I. c. 19.
apud Balluzium T. I. p. 936.

^{d)} Capit. CAROLI M. L. VI. c. 85.

rum renunciatione, causas, valuisse. Illis certe, qui vel corporis *imbecillitate* vel *criminis* cuiusdam a se perpetrati mole & conscientia grauati, abire a munere cuperent, assensum ab episcopis impertitum fuisse, ut, poenitentiae agenda causa, in monasterium quoddam se conferrent, ex illo HINC-
MARI apparet ^{e)} qui, *si quisquam*, inquit, *presbyter parochiae nostrae aut infirmitate corporis, aut latente animae peccato, senserit, se non posse proficere plebi commissae, vel non debere praesse, & voluerit monasterii portum, ad agendam poenitentiam, secundum decreta B. LEONIS, expetere, professionis suae libello ab ordine & titulo atque regimine plebis, secundum GREGORII decreta, se exuat, ut in monasterium intret.* At non ita faciles fuerunt incessionibus, quae in cuiusquam fauorem fierent, probandis, quin & ægerrime tulerunt, si quid tale per fraudem & artes presbyterorum admissum fuisset. Hinc teste FLODOARDO ^{f)} Hinemarus maximopere indignatus est presbytero, cui permiserat, *ut libello suae professionis a regimine plebis sibi commissae redderet se alienum, & alium in suo loco expeteret ordinandum: quia colludium, quod habebat factum, sibi celauerat, videlicet ut alumnus eius, sine consensu senioris sui, in loco ipsius ordinaretur.* Ita certe placuisse & supra docuimus, ut *pactiones* a renunciationibus, quas vix ac ne vix quidem vel ex graui causa admittebant, penitus abessent, cum illas non posse non *simoniacas* videri intelligeretur. At quanto in odio hoc crimen fuerit tam est notum, quam quod notissimum habetur, a nobis etiam supra indicatum, cum de renunciatione episcoporum tractaremus.

Ceterum utut a prisca ecclesiae disciplina in eo recesserit pontifex, quod episcoporum renunciationes ad suam solius cognitionem pertraxit, spiritualis matrimonii colore, de episcoporum tamen potestate, saltem in hac parte, nihil quicquam derogauit. Quin potius ab ALEXANDRO III. ad Tornacensem episcopum, *c. 4. X. de renunciat.* rescriptum legimus, ut canonicam ultionem in eos, qui ecclesias suas, inconsulto *episcopo*, dimitterent, exerceret. Quod quidem cur admiserit pontifex, mirari non iniuria quis possit, si verum est, quod perhibetur, spirituale coniugium a nemine nisi a DEO, eiusque vicario, esse dissoluendum. Forte tamen exceptione specialis mandati a se dati pontifex Romanus defendi posset. Certe illos clericos, qui non sunt sacerdotes, sed in sacris tantum, aut neque in sacris, sed in *minoribus ordinibus*, non tam arcto vinculo cum ecclesia coniungi, ipsi pontificii agnoscunt.

§. VIII.

*Character
indelebilis.*

Sed his non sumus solliciti: cum propositum nobis non sit, in praesentiarum rationes, quibus summam in ecclesiam potestatem pontificii fulcien-
dam

^{e)} HINC MARVS T. II. p. 638.

^{f)} FLODOARD. hist. Rhem. L. III. c. 8.

dam esse existimarunt, inuestigare. Imo uero iam quidem animus est, *renunciationem* clericorum ex iure, ab episcopis Romanis constituto, aestimare. Qua de causa notari velim, me renunciationum nomine, dum in pontificii iuris causa versor, iam non intelligere illam status clericalis mutationem, qua quis personam laici induit, ordinemque deserit omnino, sed *abdicationem*, qua quis munus & beneficium ecclesiasticum, salua dignitate ordinis & sacerdotii, dimittit. Verum, cum semel in hanc causam incidimus, non abs re esse videtur, ut commemorem, inualuisse iam dudum opinionem, quod is sit *ordinationis* effectus, ut, manuum impositione facta, non tantum singularibus spiritus sancti donis exornetur ordinatus, sed & in eminentiore, cum gratiae diuinæ, tum dignitatis, gradu collocetur, & a secundo illo hominum genere, laicorum videlicet, prorsus separetur, breuib, ut ipsi DEO cedat, tanquam possessio quædam & hereditas, unde & *clericorum* nomen ortum esse scimus. Hos igitur, qui semel in hunc ordinem lecti receptique atque consecrati sunt, quadam nota a laicis distingui perhibuerunt, quæ omnino non, aut certe difficulter, eximi possit, eamque *characteris indelebilis* nomine insigniuerunt. Equidem, si ad usum ecclesiæ superiorum seculorum attendimus *resignationes* clericorum iam tum arctissimis limitibus circumscriptas fuisse, obseruamus. Enimuero, in concilio *Chalcedonensis* can. 7. decretum legimus, ut ne clerici statum suum mutare audeant. *Qui semel in clero deputati sunt, aut monachorum vitam elegerunt, statuimus, inquit, neque ad militiam, neque ad dignitatem aliquam venire mundanam, aut hoc tentantes, & non agentes poenitentiam, ita ut redeant ad hoc, quod propter DEVM primitus elegerunt, anathemizari.* Neque auctoritas deest singulorum patrum, qui acriter inuecti sunt in clericos *desertores*, suffurantes DEO, quod semel datum est, & sacrilegorum more profanantes, quod olim sacrum fuit. Sed tantum abest, ut characteris indelebilis, per ordinationem impressi, vestigia in scriptis eorum reperiuntur, ut etiam illorum temporum disciplina edoceamur, ad communionem laicorum reductos esse clericos grauius peccantes, quod ex c. 10. dist. 50. c. 13. D. 55. c. 5. D. 84. c. 118. C. 1. q. 1. c. 1. C. 1. q. 7. manifestum est. At in laicorum sortem detrusos esse, & gradu in perpetuum excidisse, qui communionem laicam accipere iussi essent, ALBASPINEVS g) *de veter. eccles. ritibus* demonstrauit. Quando autem ad Iustiniani æuam respicimus, id quidem poenæ clericis immorigeris iniunctum esse videmus, ut *amissa clericali dignitate* ad laicorum infimi generis conditionem detruderentur. Et IUSTINIANVS quidem: h) generaliter sancimus, nquit, nulli licere, in quolibet *ecclesiastico gradu* constituto *discedere* ab eo, & secularem fieri, scientibus, tale aliquid facientibus, quia & apposito sibi cingulo aut dignitate aut mi-

g) ALBASPINEVS de vet. eccles. rit. L. I. obseru. 4. §. 5.

h) Nou. 123. c. 15.

litia nutabuntur, & curiali fortunæ propriæ ciuitatis tradentur. Enim vero aliud posterioribus seculis omnino placuisse, illamque de *charactere indelebili* doctrinam sensim introductam esse, non est difficile ad demonstrandum. LEO-
NIS saltem *philosophi*, imperatoris, æuo publice receptum fuit, vt inuiti ad vitam clericalem *retraherentur* potius, quam, in poenæ modum, dignitate exuerentur. Cum enim in Nou. 6. c. 5. a Justiniano fuisset constitutum, vt, si aliquis *presbyter*, aut *diaconus*, aut *subdiaconus*, postea duceret uxorem aut concubinam, aut palam, aut occulte, sacro statim caderet ordine, & deinceps *idiota fieret*; LEO contra in Nou. 79. istam Justiniani legem irritam pronunciauit, præcepitque, ne quis eam ob causam clericali habitu, alioque ecclesiæ ministerio, cuius vsus illicitus non est, iudicio priuetur, hac in principio constitutionis adiecta ratione: quia, *quæ semel DEO dedicata sunt, ea deinceps auferri non oportere, sancitum est, idque non solum in donariis, verum multo etiam magis in hominibus, qui per sacrum ordinem diuinæ maiestati consecrati sunt, obseruandum est.* Neque aliud in partibus occidentis circa ea tempora obtinuisse, vel ex c. 8. dist. 81. quod ex concilii Moguntinensis, vel, vt PITHOEVS mauult, Cabillonensis, decretis desumptum est, apparet. Vt ne enim clerici, gradu moti, secularem vitam viuerent, sed potius poenitentiam in monasterio agerent, his verbis decretum fuit: *dictum est nobis, presbyteros propter suam negligentiam canonicè degradatos & seculariter, gradu amisso, viuere & poenitiæ agendæ bonum negligere. Vnde statuimus, aut gradu amisso, agendæ poenitiæ gratia, in monasterium, aut in canoniam regularem, mittantur. Si vero hoc fieri causa quælibet prohibuerit, ubicunque sint, poenitentiam agere non desistant. Si autem amisso gradu seculariter vivere velint, & poenitentiam agere neglexerint, ab ecclesiæ communionem separentur.* Hæc causa fuit, cur Carolomanni, filii Caroli Calui, ausum ferendum esse non duxerunt ecclesiæ Gallicanæ episcopi, cum diaconatus munere exauكتورatus, laicorum more viuere & regnum appetere instituisset. Quod AIMOINVS ^{h)} tradit. Hic enim Carolomannum in falsa fuisse opinione scribit, quod *liberius ad nomen & potentatum regium conscendere posset, quia ordinem ecclesiasticum non haberet: & quia episcoporum iudicio ecclesiasticum gradum amiserit, etiam tonsuram ecclesiasticam licentius amittere posset.* Atque inde lucem accipit, quod in *annal. Metens. ad an. 870.* dicitur: *Carolomannum per apostasiam recedentem ab ecclesiastica religione, & abiicientem gratiam, quæ data erat ei per manus impositionem, alterum Iulianum effectum esse.* Ex his igitur, quæ dicta sunt, apparet illud, quod a nobis maxime demonstrandum erat, ideo inualuisse illam de *charactere indelebili* opinionem, vt ne a sacerdotibus quidem depositis nota ista, animæ impressa, amitti videretur,

^{h)} AIMOINVS histor. Franc. L. 3. c. 29.

tur, atque in *apostatarum* numero omnino haberentur, qui, vel *ob crimen* exauclorati, laicum vitæ genus elegissent. Quod, cum semel placuisset, subsecutis seculis & synodorum decretis & pontificum edictis rescriptisque confirmatum fuit. Sane in *concilio Rotomagensi* anno 1074. celebrato can. 12. præceptum fuit, *ne hi, qui culpis urgentibus ab ordine suo depositi, quasi ab omni clericali liberi, militent seculo, more laicali.* Atque in eandem sententiam & ALEXANDER III. & INNOCENTIUS III. c. 1. & c. 3. X. de *apostat.* generaliter rescripserunt. Et concilium *Tridentinum*, propter hunc ipsum characterem, qui nec deleri, nec auferi potest, sess. 23. de *sacramento ordinis*, c. 4. illorum damnauit sententiam, *qui asserunt, noui testamenti sacerdotes temporariam tantummodo potestatem habere, & semel rite ordinatos iterum laicos effici posse, si verbi DEI ministerium non exerceant.* Enim vero ne inter pontificios quidem defuerunt, qui, quam debili fundamento iste suorum *character* nitatur, vel prodiderunt, vel plane professi sunt. Quanta enim sit dissensio inter ipsos iuris pontificii interpretes in describenda *characteris*, per sacramentum illud ordinis impressi, natura, ad tit. X. de *sacram. non iterand. in iur. eccles. protest.* docuit Ill. BOEHMERVS. BERNHARDVS VERO ESPENIUS, theologus & ICtus Louaniensis ⁱ⁾ inde a quatuor seculis, a theologis scholasticis quæsitum fuisse meminit, quis sit *character* ille, qui in sacramentis inprimi dicatur. *Morini* etiam testimonio perhibet, plures ingenue falsos esse, nihil apud patres, aut in antiquis canonibus, de hoc *character*e solidi occurrere, sed ad auctoritatem ecclesiæ, quæ istum characterem agnoscat, esse recurrendum. Quis igitur miretur & theologos & ICtos *protestantes* iam dudum ab ista sententia recessisse, & repudiasse, quicquid in contrariam partem de nota illa, animæ sacerdotum impressa, allatum fuit, quamuis anathematis fulmine in eos vibrato, qui aliter sentitent. Etenim CHEMNITIVS, vbi in istum locum concilii Tridentini incidit, in quo anathema dicitur omnibus, qui negant, *characterem inprimi* in anima, id est *signum* quoddam *spirituale & indelebile*, iam vero, ^{k)} scribit, Tridentini simpliciter anathema dicunt omnibus, qui non ut articulum fidei probant & amplectuntur illud scholasticorum recens es incertum *commentum de character*e. Neque minus grauitur sententiam istam refutauit ZIEGLERVS in *comment. ad Lancellottum*. ^{l)} Ibi enim, posteaquam varietatem sententiarum, qua de natura characteris indelebilis inter se inuicem pontificii disputarunt, latius demonstrauit, tandem ita concludit: *sed referant, quo velint: nos inter figmenta habemus.* Certe & huc illa pertinent, quæ B. THOMASIVS de *desertione ordinis* disputauit. Cum igitur ex dictis

ⁱ⁾ BERN. ESPENIUS P. II. iur. eccl. vniu. T. I. §. II. ex am. concil. Trident. p. 221. ^{l)} ZIEGL. ad Lancellott. L. 2. tit. 2. de sacramentis §. 4. p. 61.

^{k)} CHEMNITIVS in

^{l)} ZIEGL. ad Lancellott. L. 2. tit. 2. de sacra-

appareat, eam non esse *nostrorum* sententiam, ut a reliquo hominum genere, ipso iure diuino, & *indissolubili nexu*, separetur minister ecclesiæ; etiam ipso iure infirmatur, quod in iure pontificio sub excommunicationis poena prohibitum esse nouimus, ne quispiam sacerdos etiam *post renunciationem* & exauetorationem, vitæ laicæ rationem inire, & a moribus clericorum, quos antea secutus est, discedere audeat. Certe enim, ut quisque est optimus, utque maxime de republica mereri studet, ita honestissimus & ciuitati vtilissimus socius est habendus. Ideoque & vsu obtinet in *iudiciis ecclesiasticis protestantium*, ut neque *renunciantibus* neque *remotis*, certa vitæ conditio iniungatur, sed illorum arbitrio relinquatur, quam suo ingenio accommodatam & rei familiari vtilissimam esse, arbitrentur. Vnum est, quod timeri possit, ne dum ad laicos, aut ad sordidum genus vitæ redeunt, qui in sanctiore ordine constituti erant, ipsa sacerdotum dignitas aliquando apud imbeciliores per illos suspecta fiat. Solent enim fere plerique imbecilles ex illorum conditione, cum quibus familiariter versantur, totum illum *ordinem*, ex quo illi descendunt, æstimare. Ideoque maior est sacerdotii etiam e longinquo reuerentia, & cautius, pieque agunt, qui, postquam a sacro ordine discesserunt, a sordido vitæ genere abstinere, & auctoritatem illorum, quos olim *fratres* habuerunt, etiam post secessionem ab illis factam, honestate & moribus integris tuentur. Sed hæc quidem fere suaderi possunt, vi extorqueri vix possunt, & cuiusque pudori relinquuntur.

§. IX.

Causæ abdicationis, quæ in nostra ecclesia admittuntur. In primis conscientia criminis, scandalum, vxoris, liberorum, familiaris dedecora.

Neque tamen adeo remissa est ecclesiæ nostræ disciplina, ut pro arbitrio, aut ex *nulla*, vel etiam *leui causa*, *inconsulto* etiam *superiore*, a munere demandato cuiquam ministrorum ecclesiæ abire liceat, & temere deserere sacerdotium susceptum. Quamquam enim nec *apostas* esse credimus, qui ordinem sacrum deponunt, nec *matrimonium spirituale* inter sacerdotem & ecclesiam contrahi putamus; sunt tamen *aliæ causæ*, ob quas & theologi, & Icti nostrates *renunciandi* licentiam, quod ad munera ecclesiastica attinet, subinde prohibitam esse, asseuerant. Ita enim ut sentiant, *munerum publicorum* in ciuitate subeundorum, cuiuscunque tandem generis sint, *natura* ipsos adduxit, a quibus quidem priuato ausu non recedendum esse, supra est a nobis comprobatum: dissuadet istam in abeundo *leuitatem officii sacri grauitas*, & ipsa *sacri oraculi* auctoritas, quæ negotium a DEO nobis commendatum, aut curam vindemiæ nobis impositam, deferri, & lupis illam prodi, aut aratrum in medio labore destitui, aut semen factam, quæ culturam desideret, negligi, & spem fructus suffocari, non permittit: quod a diuinæ sapientiæ doctoribus diligenter fuit comprobatum. Obest in primis *salus ecclesiæ*, quæ optimo cuique religionem perseuerandi imperat. Obstant incommoda nec pauca, nec exigua, quæ ad

coetum, pastore subinde destitutum, peruenire solent. Quæ omnia quidem nostrates ita commouerunt, vt *abdicandi* potestatem non, nisi ob *graves causas*, cuiquam esse arbitrentur. Atque, quod ad *causas* quidem attinet, in eo fere sequimur ipsa iuris pontificii præcepta, & quantum per doctrinam nostram fieri potest, vix alias admittimus, præter illas, quæ in c. 9. & 10. X. de *renunc.* traduntur. Etenim in c. 9, non impediendum esse clericum, dicitur, quo minus a statione recedat, in qua quidem *sine vitæ periculo* perseuerare nequeat. Sed eam pontificis mentem esse WAGNERECK. ad d. c. 9. monet, vt abitus sit licitus, si nihil utilitatis ecclesiæ proueniret, etsi vel maxime mortem sacerdos fortiter subiret. Præter eam renunciandi causam c. 10. probatur illorum consilium, qui *debilitate corporis*, & ea quidem, laborant, ob quam quis officio satisfacere omnino non posse videatur. Vt vero hæc excusandi causa, etiam ex ipsius pontificis sententia, omnino *voluntaria* videtur, nec quisquam cogitur, vt inuitus renunciet per c. 5. X. de *cler. ægrot. & debil.* ita etiam vsu ecclesiarum protestantium obtinere, vt ægro substitutus adiungatur, CARPZOVIVS testatur. ^{m)} Certe non facile in sacro illo officio *inuitos* retinemus, qui de imbecillitate corporis queruntur, aut *sacerdotio*, cui præfecti sunt, se præesse posse negant. Generaliter enim hoc nos iure vt *natura* præcipit, vt, quæ ab *occultis* cuiusque *viribus* proficisci, & *virtute mentis* administrari debent, officia, cuiusque pudori atque voluntati relinquamus; cum ipse tantum secum habitare & vires metiri atque æstimare possit, an sufficiant ad onus impositum cum dignitate & fructu perferendum. Inprimis autem ad renunciandi veniam impetrandam valere voluit pontifex *conscientiam criminis*, *malitiam plebis*, & *graue scandalum*, quo spes fructus intercipiatur. *scientiæ* autem *defectus*, quem etiam admittit, vix apud nos allepari potest si, quod ICI nostrates præcipiunt, nemo, nisi *examine præuio*, quo scientiam arbitris probauit, ad ineundum sacerdotium omnino admittitur. Neque *irregularitati*, quam pontifex appellat, facile locum dant nostrates, de matrimonio clericorum aliter prorsus sentientes. Ea vero, quæ ex *cumulatione munerum* ecclesiasticorum proficiscitur, per disciplinam nostrarum ecclesiarum occurrere vix potest. At, quæ de *conscientia criminis* & de *scandalo* afferuntur, plurimum momenti habere ad renunciandum oportere, non immerito est admittendum. In eo enim & *prima ecclesia* nobis præiuit, & ipse finis, ob quem quidem ministri ecclesiæ ad curam coetus christiani vocari solent, admonet, vt ne *facinorosos* homines in illo ordine admittamus, aut plane retineamus, qui non doctrina tantum, sed & vitæ probitate, viam salutis indicare, & ambulantes in recto tramite

exem-

^{m)} CARPZ. iuripr. eccles. L. 1. tit. 10. def. 152 sqq.

exemplo suo retinere debent. Sane, quo plures in exemplum eorum tanquam in speculum quoddam, inspiciunt, & inde sibi & suæ vitæ, quod imitentur, capiunt, atque, quod turpe & impium, homine denique christiano indignum sit, æstimant; eo grauius peccant, qui mala vita, vel plane sceleribus contaminata, imbecilliores ad malitiæ imitationem seducunt, & produnt ecclesiam, quam custodire debuissent. Nemo igitur erit, qui huius generis hominum cuiquam vehementer repugnandum esse censeat, si quem forte vitæ antea actæ pigeat, ut abire, quam diutius cum dedecore præesse sacrae familiæ, malit. Neque tamen est, cur quisquam nos tam rigidos & seueros esse putet iudices, in clericos peccantes, qui per imbecillitatem illam, omnibus mortalibus communem, lapsi, aliquid humani passi sunt, ut, abdicandum ab illis esse munus, continuo existimemus. Sunt certe illi homines, a quibus nihil humani alienum esse putamus, & sententiae INNOCENTI III. accedimus lubentes, qui c. 10. *de renunc.* si omnes, inquit, quos arguit *conscientia* cuiusquam *culpae*, cederent, pauci vel nulli in illo ministerio remansuri essent. At, quæ in oculos omnium incidunt, *flagitia*, quæ nec a laicis impune committuntur, eorum licentiam nec faciendam clericis esse arbitramur: ob ista denique *renunciationem* a clericis factam non modo non improbandam, sed plane promouendam & laudandam esse, iudicamus. Ut enim crimini magis conueniat *depositio*, quam cessio, quod supra obseruatum est, *non tamen ea probrosa depositio est, sed spontanea & decora cessio*, ut THOMASSINVS ⁿ⁾ ait, *si quis delicti sibi conscius, canonicum iudicium sincera poenitentia occupat, seque ipsum suo exauctorat iudicio.* Conueniunt, quæ diximus, institutis ecclesiæ primæ, ut supra intelleximus. Sed non minus piis veterum christianorum moribus respondent, quæ de *renunciatione*, ob *scandalum* datum a pontifice sunt decreta. Sane, dum episcoporum mores instruit apostolus I Tim. III. & quibus virtutibus exornatus esse debeat, describit, illum non modo *sceleris purum*, sed & *vitæ integrum*, esse iubet. *Oportet*, inquit, *episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris maritum, vigilantem, sobrium, modestum, hospitalem, aptum ad docendum, non vinolentum, non percussorem, non turpiter lucri cupidum, sed æquum alienum a pugnis, alienum ab auaritia, qui suæ domui bene præsit, qui liberos habeat in subiectione, cum reuerentia.* Quod si quis propriæ domui præesse non nouit, quomodo ecclesiam DEI curabit? Non nouitium, ne inflatus in condemnationem incidat calumniatoris. *Oportet autem illum habere testimonium ab extraneis, ne in laqueum incidat calumniatoris.* Quam igitur in seruanda disciplina veteres curam adhibuerunt, ea effecit, ut non facinorosos modo de tribu remouendos esse censuerint, sed & vitiis inquinatos & negli-

ⁿ⁾ THOMASSIN. P. II. L. II. c. 52.

gentes officii, ab ecclesia abesse voluerint. Certe, & seculo IX. ita obtinuisse ex *can. 40. concilii Cabillonensis II.* vnde decerptum est *c. 8. D. 81.* intelligitur, vbi presbyteri ob negligentiam depositi sit mentio. Neque enim in sola episcopi persona subsistit *D. PAVLLVS*, sed & de familia præcipit, ne, qui in suis gubernandis minus diligens intelligatur, cætui vniuerso custodiendo impar videatur. Sane, quod *SAMVELE* teste *L. I Sam. c. 2.* *Eli* illi, primario Iudæorum sacerdoti, summo magistratus honore conspicuo a summo numine vitio datum, & interitu familiæ luendum fuit, hoc in nostris sacerdotibus a reprehensione abesse nequit, ad quorum propinquos non pauci oculos conuertunt, & ad quorum exemplum mores suos facile componunt. Non igitur ferendum est scandalum datum ab ipso sacerdote ebrioso, rixoso, munus suum perfuntorie administrante, laborem humilem & sacerdote indignum suscipiente, illotis postea manibus sacra, quae caste adire debebat, temere tractante. Neque ab offensione, imbecilliorum saltem, immunis erit, cui vel parum cum uxore & liberis conuenit, vel etiam, qui indulgentior est in familiæ carinomata, temulenta, concita semper ad pugnas atque rixas. Tali igitur, si secum tandem habitare incipiat, & vel sponte, vel monitus, cogitet, quantopere hæc omnia obstant emendationi cætus christiani, sibi commissi, satis ego causæ ad renunciandum esse existimo. Sic enim munere abdicato, gregi negligentius adhuc habito consulit, & quod *INNOCENTIVS* ait, salutem æternam temporali honori præfert. Si enim, quod supra docuimus, in veteri ecclesia obtinuit, vt vel malitiæ plebis, pastorem non ferentis, sed capitali odio ab eo dissidentis, concedendum esse crederetur; quidni & hodie veniam renunciandi demus illis, qui animos auditorum sua culpa a se alienarunt, aut suorum dedecore alienatos esse, intelligunt.

§. X.

Ex his igitur fere causis renunciationes admittuntur. Superest, vt de Apud superiis videamus, quibus illae exponendæ sunt, quorumque auctoritate vel ad-riorem exponenda est renunciationis causa. mitti queant, vel omnino reprobari. Illud vero iam supra attigimus, episcoporum renunciationes variis artibus ad sedis Romanæ cognitionem pertractas esse. De abdicatione autem presbyterorum, aliorumque clericorum ex *c. 4. X. de renunc.* monitum fuit, obtinere etiam nunc, vt, conscio & consentiente episcopo, abire a munere sacro possint. Huic enim permisum est, vt suæ dioeceseos clericis veniam relinquendæ spartæ dare queat, nisi forte sint ii, qui a iurisdictione eius exempti, vel pontifici immediate, vel alii praelato, subiecti sunt, vt episcopi potestate non contineantur. Hoc quidem, argumento *c. 2. X. de instit. & c. 1. X. de capell. monach.* *SCHMALZGRVBERVS* o) comprobauit. Illud vero, quod de episcopo diximus, se de vacante etiam capitulo licitum esse, aiunt interpretes, idque in *c. 14. X.*

P 2

de

o) *SCHMALZGRVBER.* iur eccles. P. II. tit. 9.

de maior. & obed. se inuenisse arbitrantur, quos CORVINVS p) allegauit. Imo vero etiam alios praelatos, episcopis inferiores, sed *iurisdictione* tamen *ecclesiastica* instructos, de renunciatione clericorum, sibi subiectorum, cognoscere, eamque admittere posse, tum *ex c. 3. X. de instit.* tum auctoritate rerum ita iudicatarum & Ictorum assensu, tuentur & CORVINVS & SCHMALZGRVBERS. Sed hæc quidem sine omni exceptione accipienda non sunt. Dantur enim, & in promptu sunt, quaedam species, in quibus nec ab *inferioris*, aut *minorum ordinum*, clericis impetrari potest *missio*, quamuis episcopo, vel alio quocunque, quem nominauimus, iudice ecclesiastico consentiente. Eas certe, quæ *pacto adiecto*, aut sub quadam *conditione*, vel *in fauorem* cuiusquam, sunt, non, nisi *pontifice* consentiente, efficaces esse, plerique affirmant, & usu rerum iudicatarum comprobant. In his enim renunciationibus, quæ *in cuiusquam fauorem* sunt, periculum esse credunt, ne quid cognitioni, aut amicitiae detur, ac beneficia ecclesiastica, iure successionis hereditariae, transferri videantur, eamque ob causam illas ex patrum conciliorumque decretis interdictas esse, supra est a nobis indicatum. At, cum potestas *dispensandi* contra ius commune, & a lege solvendi, solius esse pontificis credatur; in promptu ratio est, ob quam renunciationes, *in fauorem* cuiusquam factas, ad illum deferendas esse, Icti censuerunt. Præterea *ex c. vn. de rer. permut. in 6to. & Clement. vn. eod.* notum est, beneficium aliquod de nouo conferri non posse, nisi prius vacet. At beneficium *in fauorem* alicuius resignatum, auctore BARBOSA q) vacare nequit, nisi personae nominatae conferatur. Inde igitur SCHMALZGRVBERS, argumento satis artificioso, colligit, renunciationem *in fauorem* factam a nemine, nisi a *pontifice*, quem supra ius commune esse aiunt, admitti posse. Qui autem, *reseruata annua pensione*, cedunt beneficia, eos pontificia auctoritate opus habere, ideo perhibent, quod *c. 8. X. de prae-bend.* constitutum est, ut ne diuidantur beneficia, aut cum deminutione quadam conferantur. Illas denique *renunciationes*, quæ quicquam alterius *cuiuscunque pactionis* continent, ad pontificem deferendas esse, placuit, ut, quod auctor glossae ad *c. 4. X. de pact.* ait, *simonia*, quæ omnibus *pactis*, de re spirituali initis, inesse videtur, ex plenitudine pontificiae potestatis quodammodo purgetur. Hoc vero extra dubium est constitutum, illas clericorum renunciationes, quæ *pontifici* reseruatae non sunt, ad episcopos & alios *ordinarios iudices*, vi *iurisdictionis ecclesiasticae*, qua gaudent, pertinere. Etenim ea est communis interpretum sententia, a *superiore* examinandas esse, abdicationis causas, ab eoque licentiam abeundi impetrandam esse, qui habet *iurisdictionem*, & ius *deponendi*, aut etiam *confir-*
mandi

p) CORVIN. de person. & benef. eccles. l. i. tit. 13.
 cles. vniu. l. III. c. 15. n. 71.

q) BARBOSA. iurispr. ec-

mandi clericum, in sacro munere suscepto. Hoc enim non solum auctoritate glossae ad clement vn. de renunc. & FLAMINI aliorumque Ictorum assensu CORVINVS l. c. ait sed LANCELOTTVS etiam ^{r)} abscisse, in prae-bendis, inquit, & ceteris *minoribus beneficiis* apud eum fieri debet *renunciatio*, ad quem pertinere dignoscitur *confirmatio*. Vnde etiam laico *resignationem* fieri non posse, INNOCENTIUS III. c. 8. de renunc. affirmavit: cum ille nequeat clericum in officio suo confirmare. Intelligitur exinde, cur nullas *patroni*, in cognitione de renunciatione instituenda, partes esse voluerint legum ecclesiasticarum conditores, cum ex pontificii iuris doctrina exploratum sit, non omnem patronum esse etiam iudicem, laicos autem, caussarum ecclesiasticarum contemplatione, *iuris dicundi potestate* omnino expertes esse, nec sibi quicquam facultatis sumere in iis posse, licet summæ sint in administranda republica auctoritatis. Negat itaque FLAMINIVS ^{s)} imperatoribus & regibus beneficia a clericis resignari posse, cum generale sit, quod INNOCENTIUS c. 8. X. de renunc. ait: *renunciationem, in manum laici factam, nullam obtinere firmitatem*. Sane, vtut excidat clericus beneficio, quod laico renunciavit, ex verbis tamen pontificis apparet, & a GONZALEZ TELLEZ ad c. 4. X. de renunc. ostensum est, beneficium non *vi renunciationis*, sed *in poenam*, vacare, propter crimen, quod, renunciatione illegitime facta, sit commissum. Sane, in eo & *protestantium* Icti cum pontificiis consentiunt, quod *patroni* consensum sufficere omnino negent, vt abdicatio valida & efficax omnino videatur, quod CARPZOVIVS ^{t)} testatur. At, tantum abest, vt crimini vertant pastori, si, quod humanitas & decori ratio iubet, non, nisi *conscio patrono*, sibi abeundum esse censer, vt etiam suadeant, factum laudent. Illud vero etiam apud nostrates quadam iuris necessitate requiri solet, vt *caussa iusta* a renunciente exponatur, & ab eo, qui in caussis ecclesiasticis ius dicit, antea probetur.

§. XI.

Enim vero, ne vitiosa sit abdicatio, requiri solet, præter ea, quae ha- *Renunciatio*
tenus tractata sunt, vt ne quid internueniat, quod vel ad vim spectare, vel ^{vi extorta}
simoniaci criminis speciem habere, videatur. Quin, si in *civilibus causis* ^{pacta simo-}
ita obtinet, vt, quod CICERO *pro Cæcin. c. 17.* inquit, iuri nihil ma-
gis inimicum esse, existimetur, quam vis, nec æquitati quicquam tam infe-
stum, quam homines conuocati & armati; certe æquo animo ferri nequit,
vt *sacerdotes*, ex causa non satis idonea, ad relinquendum beneficium, *vi*
& auctoritate cuiusquam, inuiti compellantur. Vt igitur, quae *per me-*
tum gesta sunt, rescinduntur, argue vt restituendus est, qui per vim aliunde
est deiectus; ita etiam pontifex voluit, vt quod *per metum* extortum esset be-
ne-

P 3

^{r)} LANCELOT. instit. L. I. tit. 13. ^{s)} FLAMIN. de resignat. L. VII. quæst. 9. n. 14.

^{t)} CARPZ. iurispr. eccles. def. 125. n. 14.

neficium, spoliato ante omnia restituatur. Cum igitur plebanus quidam
ad terrorem laicorum, electioni rite factae renunciasset, *c. 3. X. de his quæ
 vi metusque causa* CLEMENS III. *rescripsit*, renunciationem factam ad
terrorem laicorum, nisi forte iuramento vel fide interposita sit confirmata
 non impedire, quo minus is, qui renunciavit ecclesiæ, ad cuius regimen
 prius erat electus, illi legitime præficiatur. Quod vero tunc demum præ-
 fici ecclesiæ posse arbitratus est sacerdotem, si renunciatio iure iurando non
 est confirmata, in eo dissentire videtur ab INNOCENTIO III. qui *c. 4.
 eod.* clericum quendam, gravissimo metu compulsus a rege Angliæ ad *eiura-
 randum resignandumque* beneficium, restitui iussit, non obstante iuramen-
 to. Enim vero, si recte considerantur verba, presbyter iurauerat, se renun-
 ciaturum esse, eoque sacramento steterat: sed pontifex rescripsit, non eo
 pertinere vim iuris iurandi, ut ne repetere renunciatum posset. Multo au-
 tem vehementius obstat *c. 2. X. eod.* in quo sacerdotem quendam, ut *eiura-
 ret* beneficium, vi coactum, restituere iussit ALEXANDER III. ratione ad-
 dita, quod in irritum reuocanda sint per vim metumque gesta. Quam li-
 tem ut definiat GONZALEZ TELLEZ *ad c. 4. eod.* monet, renunciatio-
 nem metu graui factam, & iuramento firmatam, non valere, ideoque be-
 neficium, ita abiuratum, repeti posse, petita *relaxatione* iurisiurandi, vires
 ramen habere, si relaxatio non petatur. In eamque sententiam etiam GARL.
 L. III. obs. 44. concedit. Quando autem propter vim metumque infirma
 dicitur renunciatio, intelligenda est *vis atrox*, & ea, quæ aduersus bonos
 mores fit, quod ULPIANO *l. 3. §. 1. D. quod met. caus.* placuit. Non
 igitur improbatur illa, quam magistratus recte infert, scilicet iure licito &
 iure honoris, quem sustinet. Quod si igitur *iudex ecclesiasticus* eum sacer-
 dotem, qui ex legis rigore *deponi*, non sine aliqua existimationis læsione,
 poterat, etiam *metu poenæ* in iure propositæ, ad abdicandum permouit;
 non habebit renunciens, cur regressum ad beneficium, per renunciationem
 amissum sibi patere, ex causa metus illati, putet. Ita saltem pronuncian-
 dum videtur, si ex *c. 10. X. de excess. prael.* res æstimanda est, in cuius ex-
 trema parte INNOCENTIUS III. pontifex visitoribus Lombardiæ man-
 dauit, ut episcopo cuidam, *grauioris excessus* reo, spontaneam episcopatus
 depositionem iniungerent, detrectantem autem, & abire nolentem, ab eccle-
 sia amouerent, aliumque in depositi locum curarent eligendum. Extra hanc
 speciem tamen, eo usque renunciationes *liberas* esse voluerunt pontifices, ut
 ne *pactis* quidem locum fecerint, quorum vinculo quis ad abdicandum te-
 neretur. Ita vero ut statuerent, & alia causa permoti fuerunt, cum, ex com-
 muni opinione, tam late patere *simoniæ* crimen existimaretur, ut ne ii tan-
 tum in illud incidere crederentur, qui munera & beneficia ecclesiastica illi-
 citis modis *ambirent*, & dona spiritus sancti vili pretio comparari posse ar-
 bi-

bitrarentur, sed & hi, qui omnino quicquam, rerum spiritualium, vel adquirendarum, vel in alios transferendarum causa, admitterent, legibus ecclesiasticis interdictum. At hæ negant omnino, *esse in commercio* vel spiritualia, vel spiritualibus annexa, quorum quidem procuratores, non dominos, esse episcopos & sacerdotes ALEXANDER III. c. 2. X. de donat. respondit. Igitur quascunque *pactiōes*, de his talibus rebus initas, *simoniacas* dixerunt, licet vel maxime nullum pretium interuenerit; et, quanquam ipsimet iuris canonici interpretes agnouerunt, nihil in *pactis gratuitis* simoniaci inesse, si ius diuinum spectetur; inesse tamen, propter prohibitionem ecclesiæ, dixerunt: quorum sententiam secutus est SVAREZ ^{u)} itemque GONZALEZ TELLEZ ad c. 8. X. de pact. Enimvero in hoc ipso capitulo GREGORIUS IX. pontifex *pactiōes*, pro spiritualibus obtinendis factas, *nullius momenti* esse, pronunciauit, addita etiam generali lege, qua, vt in huiuscemodi rebus omnis *conuentio* cesser, definitur. Cum vero *pactiōibus* etiam *gratuitis* vim omnem & valorem denegarit pontifex: certe mirum non est, irritos esse omnes contractus, qui de rebus spiritualibus, *pro pecunia*, aut alio quocunque lucro, tradendis, celebrantur. His enim proprie ac iure quodam conuenit *simoniæ* nomen, quæ tunc fere committitur, cum pro *re spirituali temporalis* datur. Eamque ob causam pontifex resignationem beneficii cuiusdam, sub conditione soluendarum ab altera parte expensarum factam, aliquando ratam non habuit, in c. 4. X. de pact. & transactiones de his rebus factas, dato aliquo vel retento, vel etiam promisso c. 4. & 7. X. de transact. infirmauit. Certe & hac ipsa ratione motus GREGORIUS pontifex c. 2. C. 1. qu. 3. intolerandam eorum impudentiam proscripsit, qui DEI ecclesias, vel ecclesiastica beneficia, *pecuniæ interuentu*, susciperent, siue dando emerint, siue accipiendo vendiderint: in quos & INNOCENTIUS c. 38. X. de simon. statuit, vt ab illa ecclesia, in cuius contumeliam dare pecuniam, vel accipere voluerunt, excludantur. Ceterum quis dederit, tam parum interest, vt etiam c. 26. X. de simon. ille abire a munere illegitime acquisito cogatur, quo infcio vel agnati, vel amici, aliquid dederunt. Verum enim vero, vt ex sententia ENGELII ^{x)} in *simoniæ* crimen non incidit, qui aliquid dat, non vt pretium rei spiritualis, sed vt incitamentum ad opus bonum; ita certe non improbandum est, vel patroni, vel iudicis ecclesiastici, factum, qui miseratione ductus, sacerdoti ob *crimen & scandalum* datum renunciaturo, aliquid dedit vel promisit, vt illi tanto facilius abitum suadeat, qui, etiam nolens, durioribus remediis poterat cogi, vt a sacerdotio decedat. Sane cum ex c. 21. X. de præbend. argumentari possimus, permissum esse iudici ecclesiastico, vt aliquid

^{u)} SVAREZ. de religione l. IV. de simon. c. 31.
L. V. t. 3. § 4. n. 8.

^{x)} ENGEL. colleg. iur. can.

quid ex beneficio, cui renunciandum est, assignet renuncianti; vitio certe duci nemini vel iudici, vel patrono, vel alii cuicunque poterit, qui de suo liberalis esse cupit, sine spe lucri aut honoris, quod ex beneficio denuo conferendo ad ipsum pervenire possit.

§. XI.

*Post legiti-
mam renun-
ciationem
non facile
datur re-
gressus.*

Satis igitur ex his, quæ diximus, apparet, quanta prudentia vñ sint legum ecclesiasticarum conditores, ne quid temere & leuiter fieret in deponendis muneribus ecclesiasticis, neue facile, ex *caussa non satis iusta*, aut omnino *iniusta*, resilirent homines ad mutandum procliuēs. At certe non minus circumspecti fuerunt, vt *inconstantiam consilii* eorum redarguerent, qui deposito munere mox *poenitentia* ducuntur, & *creditum* sibi ad beneficium, quod, nemine cogente, deposuerunt, *patere* volunt. Sane quam benigne cum ægrotantibus agatur clericis, supra indicauimus. Illi vero, qui *conscientia criminis* cuiusdam, aut scandali dati grauitate, adducti, sacerdotio se abdicant, suam potius, quam aliorum, sententiam sequuntur. In iis solis aliquid *coactionis* occurrit, qui, *grauioris excessus* rei, ac duriori poena digni, admonentur, vt *sponte* renuncient. Sed id damnum sua culpa sentiunt, & ipsi quoque, delinquendo aduersus leges, in poenam, quam sequi crimen optime norunt, merito incurrunt, aut saltem, dum abdicationem depositioni præferunt, ex *optione* sua omnimodo tenentur. Tanto igitur minus accusandæ sunt leges, quibus, renunciatione semel facta, & a superiore admissa, *standum esse*, constitutum est. In causis certe ciuilibus ita obtinere, nouimus, vt non infirmetur negotium, causa semel cognita & approbata, nec disquiratur, vera ne sit an falsa, ne quidem semper minorum contemplatione, quibus tamen propter ætatis imbecillitatem facilius succurri constat. Quis igitur *uarietatem & inconstantiam* ferat in viris in dignitate constitutis, & præceptis diuinæ sapientiæ imbutis a quibus vel maxime alienum esse creditur, vt quicquam temere agant, aut causas per mendacium consictas deferant ad superiorem. Enim vero a fraude vix abest, qui commentitiis consilii rationibus superiori illuserat, aut veras & a iudice ecclesiastico probatas in dubium reuocat, eoque titulo ad ecclesiam priorem redire cupit. Eo pertinet, quod INNOCENTIVS III. l. 3. epist. 240. præcepit: ne liberum sit suæ voluntatis arbitrium, quod in superioris iudicium iam translatum est, qua ratione frequenter nobis illuderetur a subditis, si *deambulatoria* esset subiectorum *voluntas*, ad examen cognitionis nostræ legitime delata. Eadem mente IVO Carnutensis epist. 131. iustum esse putauit, vt presbyter, qui ecclesiam, quam rexerat, nulla necessitate resignarat, in iudicio, quod de se iudicasset, permaneret. Aegre igitur, & non nisi hac lege, vt nullam episcopalis muneris partem inuito Theodoro successore attin-

attingeret, Ephesina synodus **EUSTATHIO**, Pamphiliæ metropolitano, post renunciationem eius, a suffraganeis probatam, honorem episcopalem & redditus, ad vitam sustentandam necessarios, permisit, ut ex epistola eius synodi **PETRVS DE MARCA** *de concordia sacerdot. & empar.* enarrauit. Neque aliud, subsecutis temporibus, placuisse, ex pluribus pontificum rescriptis probari potest. Illi enim clerico, qui beneficio suo, propter infirmam valetudinem derelicto, in monasterium abierat, **ALEXANDER III**, c. 3. X. *de renunciat.* redditum denegauit. Ita certe & **CLEMENS III** respondit, ac repetenti beneficium exceptionem *spontaneae abdicationis* obstare, c. 5 & 6. X. *de renunc.* rescripsit. Colligunt inde interpretes, beneficium *rite abdicatum* post consensum superioris *vacare ipso iure*, eamque sententiam etiam auctoritate c. 2. *de renunc. in 6to.* confirmant, licet facultatem poenitendi, ante consensum, a superiore declaratum, per c. 14. X. h. t. superesse facile concedant. Quin, & nexum inter sacerdotem & ecclesiam omnino sublatum esse, postquam sacerdotio renunciatum est, ex d. c. 3. concludunt. Negant igitur porro, ea renunciatione probata, beneficium a renunciante ciuiler possideri, aut fructus, postea exinde perceptos, eius fieri. Breuib, ius omne, quod abdicans olim in beneficio habuit, extinctum esse censent. Quae cum ita sint, nihil obstat, quo minus ille clericus, qui munus depositum & beneficium annexum nullo iure detinet, ad cedendum compellatur, auctoritate magistratus competentis. Ita certe in concilio *Lateranensi*, quod anno 1215. **INNOCENTIO III.** imperante, habitum est, placuit ex cuius quippe decretis in c. 12. X. *de renunc.* haec verba afferuntur: „quidam cedendi licentiam cum instantia postulantes, ea obtenta, cedere praetermittunt. Sed cum in postulatione huiusmodi aut ecclesiarum commoda, quibus praesunt, aut salutem videantur propriam attendisse, quorum neutrum suasionibus aliquorum, quaerentium, quae sua sunt, seu etiam leuitate qualibet, nolumus impediri, eos *ad cedendum decernimus compellendos.* Neque est, cur aliud in *protestantium* iudiciis pronuntiandum esse videatur. Certe *praeses* mihi indicauit, ita censuisse ordinem *ICtorum* in hac academia, cum species quaedam renunciationis, qua ob *scandalum* clericus officio se abdicauerat, illi oblata esset. Quae cum huic scriptioni occasionem dederit, diligentius enarranda est. *Clericus* quidam ab honestate & dignitate ordinis eousque defecerat, ut deprauati eius mores nec a coetu, nec a patrono & magistratu ecclesiastico, ferri possent. Exprobrabatur illi sordidum & illiberale opus, quod inspectantibus omnibus fecerat. Obiciebatur infrequentior sacrae cenae usus & ebriositas. Nec ab iniurgitatione potus abstinuerat, cum sacra adeunda essent, quae ipsa subinde tam negligenter procurauerat, ut, quae in templo, nec, citra grauem causam, in priuatorum aedibus, facienda sunt, domi suae obiisset, sordidus & luculentus limo,

Fusc. V. Q quem

quem tractauerat. Praeterea *uxore* utebatur, qua cum ipsi pessime conueniebat, nec melius aliis, ut etiam propter verborum & verberum conflictum, quem turpiter inierat cum vetulis quibusdam, carceri mancipata esset. Non igitur haec omnia toleranda esse arbitratus est patronus, iudicis ecclesiastici potestate instructus, & homini, cui toties ad frugem redeundi auctor fuerat, ut *remotionem*, quam meruerat, spontanea abdicatione praeuenteret, omnino suavit, quin &, miseratione ductus, *certam summam pecuniae* sponte cedenti promisit, qua ad victum quaerendum vteretur, alio vitae genere electo. Annuit igitur reus, & in ipso iudicii loco, praesente iudice ecclesiastico, & factum approbante, *renunciauit*; sed a muliere imperiosa, quam in carcere certiore de re fecerat, correptus, indignissime ob factum, ut ipsa quidem opinabatur, imprudentissimum exceptus, abire a munere iam abdicato noluit, imo vero, iudice in sententia perseverante, ad superiorem prouocauit, cuius nomine ordo Ictorum Witebergensem pronunciauit:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen; der Materialien halber erscheint aus den Acten und der Parthenen Rechtlichen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster Instanz wohl verfahren, derowegen Appellant, und der fol. an ihm ergangenen Verordnung zu Folge, die Pfarr. Wohnung binnen 14 Tagen, gegen Empfang derer ihm verwilligten 1100. Thaler, und des versprochenen Arrestats, zu räumen schuldig, und wird diese Sache an vorigen Richter billig remittiret, B. R. W.

Ille quidem instabat, *non fuisse causam* satis idoneam, cur renunciaret. Sed sufficiebat *scandalum*, *vita flagitiosa*, *dedecus uxoris & familiae*, quod apostolus I. Tim. 3. v. 4. in sacerdote non ferendum esse, docet. Ex his enim causis efficaciter renunciari supra §. 9. fuit comprobatum. Neque *simonia* obiici poterat, cum illa liberalitas patroni potius laudanda videtur, neque clericus tam *propter pactum*, quam *propter causam pacti*, renunciare iussus esset. Neque tandem magni momenti erat, quod renunciatio *non superiori*, sed ipsi *patrono* facta, ipso iure nulla fuisse, videri poterat, ut supra §. 10. est a nobis comprobatum: primo enim ipse patronus simul erat *iudex ecclesiasticus*, qui ius consistorii per personas idoneas exercebat; ut dubitari non posset, a *superiore* approbatam esse hanc renunciationem; deinde etiam *laico* facta renunciatio illud operatur, ut renunciatus beneficio in poenam excludatur: quod supra *ex c. 8. X. de renunciat.* a nobis demonstratum est. Denique iam, per prouocationem certe, res ad *superiorem* delata erat, qui causam renunciationis idoneam esse, iudicabat. Ideoque illi responso haec rationes sunt adiectae:

Obwohl eines Theils Appellat, daß diese Sache zuörderst in der ersten Instanz zu erörtern, und daselbst wegen der von Appellanten geschehenen Resignation rechtlich zu verfahren, vorwendet, andern Theils nach denen göttl. und geistl. Rechten, einem Diener göttlichen Worts, sein Amt, Beruf und Gemeinde, ohne erhebliche Ursache zu verlassen, nicht frey stehet, vielmehr alle weltliche Absichten diesfalls bey Seite zu setzen,

C. 10. §. 7. X. de renunc. ZIEGLERVS de Episc. L. 4. C. 20.
& L. II. c. 13. §. 1.

und wenn eine geistl. Person, durch zeitlichen Gewinn, Menschen-Furcht, Geld, Versprechungen, oder sonst dazu verleitet worden, nicht aber aus Trieb des Gewissens freywillig ihr Amt aufgegeben, die renunciation, dafern sie auch vermittelt Endes bekräftiget wäre, vor unkräftig geachtet wird,

c. 5. X. de renunc.

Überdies auch bey bürgerlichen freyen Handlungen, ein Versprechen, so wegen ausgeübter Gewalt, und daraus entstandener Furcht, oder gefährlicher Überredung geschehen, vor verbindlich nicht zu halten, mithin die von Appellanten wider die Resignation seines Amts gemachten Einwendungen, da demselben nach Arretirung seiner Frauen, und der, dem Anführen nach, daher bey ihm entstandenen Consternation, unterschiedene Vorstellungen geschehen, Er auch noch mehrere beschwehrliche Folgen davon vermuthet, und durch Versprechung jährlicher Alimenten, auch endlich einer Summe Geldes überhaupt, zu der Resignation Anlaß bekommen, jedoch nachhero poenitiret, und bey seinem Amte gelassen zu werden verlangt, nicht unerheblich zu seyn scheinen, ausserdem ein Kirchen-Diener sein Amt allenfalls nicht in die Hände einer weltlichen Person, sondern desjenigen, welchem die geistl. Gerichte zustehen, und in manus Superioris, resigniren muß,

Lancell. Instit. l. 19. §. II. ZIEGL. ad Lancell. ibid.

widrigenfalls aber dieselbe keine Wirkung hat, also, daß Appellantens Renunciation auch dieserhalb ungültig, und, da ihm die versprochene Geld-Post noch nicht ausgezahlt worden, Er diese zu hinterziehen wohl berechtiget, es das Ansehen gewinnen möchte,

D. a. d. so viel Appellatens, wegen der ersten Instanz, gemachten Einwurff anlanget, diese Sache bereits vor seinem Conitorio angebracht, und, nachdem Appellant mit seiner Vorstellung eingekommen, die Verordnung ergangen, mithin dieser, da er dabey sich zu beruhigen nicht gemeinet, nochwendig an die höhere Instanz sich wenden müssen, überdies Appellatens Hr. Principal mit Appellanten auf gewisse Maße in dieser Sache contrahiret also diese nicht unbillig in einer andern Instanz erörtert wird, ferner die

Haupt-Sache betreffend, einem Kirchen-Diener sein geistl. Amt aus triftigen Ursachen aufzugeben, allerdings nachgelassen, und besonders zu Vermeidung unausbleiblichen Aergernisses, auch seiner eignen Besserung halber, und poenitentiae causa, eine andere Lebens-Art zu erwählen, nicht untersaget wird, mithin Appellant zu angeregter Resignation gnungsame Bewegungs-Gründe gefunden, in mehrerer Erwägung derselbe bey öffentl. Gottesdienste, und Leichen-Begängnissen, durch seine unläugbare Trunkenheit, welche durch das beygebrachte Attestat nicht abgelehnet wird, auch ungeziemende Aufführung bey Administration der heiligen Sacramente, so wohl unanständigen und verächtlichen Lebens-Wandel, ingleichen durch unflätigen Gebrauch des heiligen Abendmahls, dessen allen er durch die vermittelst Endes abgehörten Zeugen zur Gnüge überführet, ein grosses Aergerniß, in dessen Ansehung die Pfarr-Kinder, besage derer in Actis befindlichen memorialien, einen andern Ceel-Eorger verlangt, angerichtet, welchem nichtfüglich anders, als durch Niederlegung des Amts zu steuern, hiernächst dessen Ehe-Weib, seinem eignen Geständnisse nach, sein Amt durch ihre unverantwortl. Begünstigungen, auch Beschimpfung und Verachtung ihres Ehe-Manns, so wohl durch Zank und Uneinigkeit mit andern, darüber sie verschiedentlich verklaget, und in Straffe genommen worden, lästern gemacht, und noch mehreres in Zukunft befahren lästet, bey welcher Bewandniß auch die Bosheit und der Unverstand eines andern, hinlängliche Ursache zur Resignation eines geistl. Amts geben kan,

c. 10. §. 5. X. de renunc.

Mithin Appellant damit etwas unzulässiges nicht vorgenommen, ausserdem die Resignation freywillig und pure geschehen, hingegen durch die Versprechung einer Summe Geldes zu seinem Auskommen, bey so offenbarem und unerträglichen Aergernisse, auf dessen Abschaffung die geistl. Obrigkeit nothwendig denken müssen, und zu welchem Ende viel härtere Mittel vorgekehret werden können, ihm eine grosse Güte geschehen, die Verbindlichkeit der Renunciation aber hierdurch nicht entkräftet worden, hierüber Appellants Vorgeben, als ob er aus Bestürzung, wegen der kurz vorhero angeordneten Arretirung seiner Frauen, in grosser Ubereilung zu der Resignation sich entschlossen, eines Theils in Betrachtung der Uneinigkeit, in welcher er mit seinem Ehe-Weibe lebet, nicht glaublich, andern Theils dadurch, daß Appellant seine Erklärung nachhero, und nach Verlauff einiger Tage wiederhollet, und nur wegen des gegenseitigen Versprechens Sicherheit verlangt, ingleichen seiner Ehe-Frauen diese Resolution im Gefängniß mit vieler Freude hinterbracht, satrsam widerleget wird, endlich die recunciation in die Hände Appellants Hr. Principals, welcher selbst in seinem Consistorio praesidiret, und von welchem er die Confirmation zu seinem geistl. Amte, allen Ansehen nach

nach, erhalten, welchen er also vor seinem Superiorem zu erkennen hat, auf behörige Weise geschehen, und von demselben acceptirt worden, immassen auch nunmehr die Ursache derselben in der höhern Instanz vor erheblich und zureichend befunden worden, also diese vor beständig zu achten, gleichwohl das von Appellatens Hn. Principal dargegen geschehene Versprechen zu erfüllen,

ZIEGL. ad Lanc. L. I. 20. §. II. num. 281.

So ist, gesprochenermaßen, von uns billig erkannt worden.



XXXVII.

DISSERTATIO

DE PRAESCRIPTIONE PETITIONIS HEREDITATIS PATERNAE ET AVITAE.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Nunquam in republica litteraria, quorum opiniones inter se certant, & qui in diuersas partes abierunt, homines defuisse, tot veteres lites ad nostra vsque tempora protractæ comprobant.

*Dissensiones
interpretum
in iurispru-
dentia.*

Neque vlli disciplinæ contigit esse tam felici, vt ab altercationibus & dissensionibus cultores eius abstinuerint; sed omnes vnā eandemque sortem expertæ, sententiis semper singularibus perturbatæ sunt. Ex hac enim dissensione, quod M. TVLLIVS ^{a)} ait, illa, qua *veritas ipsa limatur in disputatione, subtilitas* enata est.

Tantum itaque abest, vt iurisprudentiæ hæc macula abstergi possit, vt potius a suis fere incunabulis ICTOS aluerit, diuersa in interpretando respondendoque praecepta & principia secutos. Certe TVLLIVS ^{b)} non exiguam partem iuris cuius *ambiguam* esse, censet. In eo enim iure, inquit, quod *ambigitur*, inter peritissimos, non est difficile oratori, eius partis, quamcunque defendat, auctorem aliquem inuenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis & viribus torquet.

Q 3

§. II.

^{a)} CIC. off. II. c. 10.

^{b)} Ibid. L. 1. de orat. c. 57.

§. II.

*Ab antiquis-
simis tempo-
ribus varia-
tum est in
iurispruden-
tia.*

Sub AVGVSTO imperatore iam iam C. Ateius Capito & M. ANTI-
STIVS LABEO duarum in hac disciplina sectarum, iuxta l. 2. §. 47. D. de
Or. Iur. auctores fuerunt, conf. EM. MERILL. Obs. I. 2. EVER. OTTO
de sectis ICtorum. Quapropter imperator, multæ in iure specificationis
inter SABINIANOS ac PROCVLIANOS, de quarum sectis GOTTFR.
MASCOVIVS accuratissime scripsit, *ambiguitatis* §. 25. I. de rer. diu. fa-
cit mentionem. Ipse PAPINIANSVS, illud, quod ipsi l. 7. D. de seru. ex-
port. de poena conuentionali, instrumento emtionis de seruo exportando
adiecta, placuerat, l. 6. D. eod. retractavit, cum a SABINO in contrari-
am partem vocaretur. Imo vero VLPIANSVS, ipsum SABINVM, sectæ
auctorem, cum de iure accrescendi tractaretur, *variassse*, l. 7. D. de hered.
instit. itemque alios iureconsultos, de seruo vulnerato, qui postea periit,
varie respondisse, l. 15. §. 1. D. ad l. aquil. obseruauit.

§. III.

*Præscriptio
hereditatis
paternæ &
auitæ.*

Sic discrepantia opinionum inter Doctores vna cum iurisprudencia fe-
re Romana pullulauit, successu temporis creuit, & tandem ita inualuit at-
que adoleuit, vt nullum fere argumentum, & nulla vllius legis particula,
disputationum aleam euaserit, sed omnia interpretum disceptationibus miri-
fice vexata sint. Quo maior enim præstantissimorum virorum fuit prouen-
tus, eo maior inter illos æmulatio, quam studium rectius sentiendi excitauit
& aluit, eoque frequentior cum victoriæ cupiditate inter interpretes dissen-
sus: vt in multis omnino causis iure incertissimo vtamur. Inprimis vero
de annis præscriptionis, qua hereditatis petitio, paterna atque auita exclu-
ditur, inter omnes fere variatum. Operæ pretium facturum esse videor, si
incertitudinem iuris in hoc argumento, & diuersa doctorum principia &
opiniones varias, diligentius excutiam, atque verum & genuinum præscrip-
tionis, ad-excludendam *petitionem hereditatis paternæ et auitæ*, fontem
cum cura inuestigem.

§. IV.

*Actiones de
iure heredi-
tario.*

Sed in campo huius disputatiunculæ imitabor illos, qui metam certa-
tim petunt, &, priusquam excurrant, antea spatium designant, & terminos
finesque describunt, intra quos de palma inter se contendant. Igitur actio-
nes breuibus attingam, quas heredes ius hereditarium consecuti contra here-
ditatis habent possessores. Non enim cuius licet *ipsam hereditatem* petere,
& solam interdum eius *possessionem* desiderare sufficit heredi. Inde accidit,
vt heredi vel actiones *possessoriæ*, vel *petitoriæ*, subinde dentur a prætore,
prout vel ad hereditatis possessionem, vel ad ipsum ius hereditarium adspirat
atque animum intendit. Quandoquidem ineptum est, de *iure* illum disce-
ptare, qui, sine perplexa illa disputatione, possessionem eius rei, quæ ad
se

se pertinet, nancisci possit. Enimuero, si *NERATIVUM* audiamus, l. i. §. i. D. de *aqu. vel amitt. possess.* antiquior est naturalis rerum *possessio*, ex qua dominia, & cetera *iura realia*, cæperunt.

§. V.

Possessoriae actiones, quod notum est, vel ex iure civili, vel ex præto-^{Remedia pos-}rio descendunt. Inprimis frequentatur remedium ex l. ult. C. de edict. ^{D. sessoria ad}*Hadr. toll.* quod iure civili constitutione principis introductum est, ut he-^{hereditatem}res in testamento, vitium visibile non habente, scriptus, in omnium rerum^{consequen-}hereditariarum, quae tempore mortui testatoris adfuerunt, possessionem, ex-^{dum.}ceptionibus aduersarii ad petitorium reiectis, a iudice mittatur. Neque locus est dubitationi, etiam *piae causae*, ex testamento, quod solus duntaxat testator, non adhibitis testibus subscripserit, illud remedium competere. Saluum enim est testamentum ad pias causas, si de voluntate testatoris constet. Igitur testamentum a testatore subscriptum nullo virio visibili laborat. Contra, *interdicta quorum bonorum*, & *quod legatorum*, praetoris beneficio debentur. Illud datur heredi vel bonorum possessori, a magistratu confirmato, contra eum, qui vel pro herede, l. i. C. *quor. bon.* vel pro possessore hereditatem possidet, l. i. D. *quor. bon.* ad consequendam eius possessionem.

Hoc vero heredi contra legatarium, qui rem legatam non ex eius voluntate, sed propria sibi auctoritate, vindicauit, accommodatur, ad possessionem rei legatae restituendam, ut de Falcidia sit securus. l. i. §. i. & 2. D. l. i. C. h. t. Sed de his quidem copiosius omnes interpretes artis nostrae tradiderunt, quos exscribere non vacat. Vnum attinet monere, ne quis cum *remediis possessoriiis*, quae heredibus dari solent, *possessoriam hereditatis petitionem*, quam praetor introduxit, & qua magis iura petitorii tractantur, temere confundat. Per hanc enim hereditatis petitionem, quod *GAIUS* ait, l. 2. D. de *possessor. hered. petit.* bonorum possessor tantundem consequitur, quantum ciuilibus actionibus heres consequi potest. Igitur *possessoria* appellatur, quia praetor eam dedit illis, quos ipse *velut heredes* facit, hoc est, quibus *bonorum possessio* data est: quod *ULPIANUS* obseruauit. l. i. D. *eod.*

§. VI.

Sed magis conuenit, de actione petitoria, quae κατ' ἐξοχήν *hereditaria* ^{Ciuiles actio-}*petitio* dicitur, tractare, ut commodius perficiamus institutum. Haec ^{nes ad here-}*actio mixta* est, & heredi aduersus eum, qui aut totam hereditatem, aut^{ditatem con-}quasdam tantummodo hereditatis partes, vel pro herede vel pro possessore^{sequendam.} possidet, eiusque successores, competit, ut hereditas aut pars hereditatis cum accessionibus restituatur.

Mixtam enim *causam* habere videtur, l. 7. C. de pet. her. quia quatenus ex iure hereditario descendit est realis, seu, quod *VLPIANVS* ait, l. 25. §. 18. D. de heredit. pet. in rem quidem actio est, sed habet tamen *praestationes* quasdam *personales*, id est, personalis est, quatenus ex quasi contractu administratae hereditatis oritur, qui possessorem obstringi, ut fructus ex hereditate aliena perceptos restituat, damna sarciat, l. 25. §. 18. D. de her. pet. & nec ipse fiat locupletior, nec heredem rei familiaris detrimentum sentire patiatur.

§. VII.

*Diversitas
remediorum
civilium ad
hereditatem
consequen-
dam.*

Diuisiones & *subdiuisiones* remediorum, quibus hereditas petitur, quas plurimi enarrauerunt, & inprimis illustris *BERGERVS* in oec. iur. l. II. t. 4. §. 54. duntaxat extremo digito, quod aiunt, indicabo. Constat vero, hereditatis petitionem, si *causam efficientem remotam* respicias, vel *civilem* vel *praetoriam*, aut, si *obiectum* cogites, vel *uniuersalem* vel *particularem*, qua pars hereditatis petitur, vel si ad *causam efficientem propinquam* animum aduertas, vel *ordinariam* esse, seu *directam* vel *extraordinariam*, quam & *utilem* appellant. Ordinariam denique in *generalem* & *specialem* seu *qualificatam*, *generalem* in *directam* & *obliquam* diuidi, in vulgus notum est: ut superuacuum sit, quae alii centies dixerunt, hoc loco, praeter institutum, enarrare. Magis ad rem praesentem pertinebit; si admonuero, hereditatis petitionem a subiecto actiuo diuidendam esse in illam, quae *generaliter omnibus* heredibus competit, & eam, quae *liberis* ac *nepotibus* contra hereditatis *paternae* vel *auitae* possessores datur. Et haec ipsa est, de cuius dubia praescriptione diligentius exponere visum est.

§. VIII.

*Praescriptio-
nis introdu-
ctae causa.*

Praescriptionem non duntaxat in odium negligentiae, sed magis fere bono publico, inductam esse, expeditum est, ne rerum dominia incerta semper maneant, & ut lites aliquando finiantur; cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium, ideoque, qui illud neglexit, magis de se, quam de lege, conqueri deberet. Ita enim *GAIVS* l. 1. D. de usurp. & usuc. nec non *NERATIUS* l. 5. pr. D. pro suo, de illo argumento tradiderunt.

Neque tamen *naturalis* ratio multum illis fauet, qui *per tempus longius* res suas inquirere & inuestigare neglexerunt. Ex ipsa enim *negligentia* apparet, facile dominum *carere* illis rebus *posse*, quas per tantum temporis spatium non inuestigauit. Sed natura nemini obtrudit, quod non ad *necessitatem* & *commoditatem* cuiusque pertineat, & quo *facile careat*, sine insigni detrimento. Inprimis actiones, quibus *hereditas* petitur, tanto facilius iure

iure gentium *praescriptione* tolli possant, quanto certius hereditates *naturalis ratio* ignorat, & quanto magis illae ad *lucra* pertinent; quæ si nostra culpa perierint, nulla caussa idonea est, de duritie legum conquerendi.

§. IX.

Sed inpraesentiarum quidem vacat disquirere, *quonam tempore petitionis hereditatis paternae & auitae praescribatur.* Dici non potest, quanta fuerit dissensio interpretum in illo argumento. Quidam fere *liberos a petitione hereditatis paternae atque auitae nonaginta* demum, imo, *centum viginti annis* excludi, sine rubore affirmarunt. Ipsum MATTH. WESENBECCIUM, celeberrimum quondam Ictum, illum errorem errauisse video: qui, in *vol. tract. & respons. suorum I. conf. XI. n. 44.* „Liberis, ait, „cum succedant ex tribus capitibus, nempe, vnde liberi, vnde legitimi „& vnde cognati, praescriptionem hereditatis, XXX. vel XXXX. annorum „non currere, sed demum ex spatio praescriptionum triplicato XC. annorum., Et id ipsum, communi *gloss. ac DDrum ad l. 1. C. qui admitti, & l. 8. C. de iur. delib.* sententia, itemque iudicio BALDI in *tract. praescr. P. IV. part. 4. princ. quaest. 19. n. 6.* suffultum *conf. XLII. eiusd. vol. n. 106.* repetit atque diligentius confirmat. Ad quam sententiam etiam PHILIPPI L III. *eclog. 34. obs. pract. inst. CARPZOVIVS P. III. const. XIV. def. 30* ANT. GABRIEL *de praescript. concl. IX. n. 3. Sam. STRYCK in annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fine,* aliique summi & eruditione elegantissima conspici, atque in decidendis iuris controuersis felicissimi iurisconsulti accesserunt; vt triplicem hanc praescriptionem partim approbent, partim fundamentum eius praxi, responsis dicasteriorum, vsuque fori, & iudiciorum obseruantia, confirment. Quid, quod & ipse BRUNNEMANNVS ad *l. 8. C. de iure delib.* ab illa opinione non alienus sit, sed illi lapillum adicere omnino videatur. Hic enim, dum de illa specie, an filio, qui intra aliquot annos se paternae hereditati non immiscuit, & post decem annos eam vindicat, exceptio praescriptionis efficaciter opponi possit, disputat, tandem negat, huic praescriptioni locum esse, sed, filium intra triginta annos eam adhuc adire posse, imo nec longissimi temporis praescriptione ab ea excludi, arbitratur.

§. X.

Sed possit quis non immerito mirari, quid in mentem venerit viris optimis & in arte sua summis, vt de *liberorum hereditate auita & paterna* tam liberaliter sentirent, & plus fere ingenio tribuerent, quam legi, & ciuilibus praeceptis, quae prorsus ignorant nonagenariam praescriptionem. Quod cum illi intelligerent, ad fictiones confugerunt, vt cum Themide & musis in gratiam redirent. Commiscentur enim *triplicem hereditatis petitionem,* quae liberis *ab intestato* succedentibus competat, ad bona paterna & auita

*Varietas
Ictorum in
definiendo
spatio prae-
scriptionis
qua heredi-
tas paterna
& auita
amittitur.*

*Rationes
imaginariae
quibus prae-
scriptio no-
nagenaria
defenditur.*

vindicanda, & nullam altera consumi, sed aliam post aliam illis tribuendam esse, altera per praescriptionem consumpta, alteri, & hac elisa, tertiae locum esse, aiunt, ita spatium *nonaginta annorum* conficiunt. Quod ne sine colore dixisse videantur, ius *triplex* concurrere in persona *liberorum*, tradunt: *primum suutatis*, vi cuius propter *unitatem personae*, in quam cum parentibus & avis civiliter coalescunt, non tam parentibus succedere videntur, quam *suum* potius, post mortem patris, vindicare: *secundum ius agnationis*, propter quod omnibus aliis heredibus praeferendi sunt: *tertium cognationis*, quo & ipso vocantur ad adscendentium hereditatem. Ideoque primo illos, intra XXX. annos, ut heredes *suos*, postea intra alios XXX. ut *agnatos*, & si hoc neglexerint, intra alios XXX. annos experiri posse, censuerunt. Imo vero, si a patre *testamento* scripti fuerint heredes, *quartam*, aiunt, hereditatis portionem illis dari, propter *quartum*, qui accesserit, respectum, & vim testamenti, ex quo illis per XXX. alios annos actio tribuenda sit: ut intra *centum et viginti annos* ad bona paterna & avita vindicanda adspirare posse videantur. Sed hi quidem omnes, qui ita sentiunt, inprimis ad *praetoris* confugiunt auctoritatem, qui & ipse *tres fecit ordines heredum* in *successorio edicto*, & teste *VLPIANO l. i. §. ii. D. de success. edict.* liberos, si intra annum, quo *sui* heredes & liberi in defuncti potestate constituti vacabantur, vel non agnouerint, vel repudiauerint hereditatem, postea illos admittit, ut sibi ipsis succedant, et, elapso priori spatio, in *secundo ordine, unde legitimi*, et si hunc neglexerit, in *tertia parte successoria, unde proximi cognati*, liberorum habet rationem: ut *triplex* illis petendae hereditatis avitae et paternae spatium competat. De quo argumento deinceps locus erit exponendi.

§. XI.

SICHARDI
sententia
singularis.

Paullo modestior & verecundior est *IO. SICHARDVS*, qui & ipse quidem liberis, paternam & avitam hereditatem petentibus, praescriptionis tempus, quo hereditatis petitio alias excluditur, laxavit, sed intra angustiores tamen terminos liberorum ius continuit, qui ad parentum hereditatem, elapso praescriptionis tempore, adspirant. Ille enim ad *l. 2. C. qui adm. ad bon. possess. poss.* ipse etiam *praetorem* sequitur, qui *liberis* ac parentibus, annum, intra quem bonorum possessionem petant, ceteris cognatis *centum dedit dies*, *l. i. §. 12. D. de succ. ed.* tempusque hoc esse *utile*, i. e. scientibus duntaxat currere, constituit. *l. 10. D. de bon. possess. l. 2. D. quis ordo in poss. serv. l. 2. C. qui admit. ad bon. poss.* Ex qua parte edicti fati acute se collegisse putavit, triginta annorum praescriptione a petitione hereditatis exclusos, iure praetorio, adhuc intra annum, si sint liberi, sin cognati, intra centum dies bonorum consequi posse possessionem: ut post triginta annos hereditate quidem civili, sed nondum tamen praetoria, omnino excludantur.

§. XII.

§. XII.

In tanta varietate, non dissimulo, non deesse omnino quaedam argu-
 menta, quae nos mouere possint, *ut liberis inprimis faueamus.* Agnoscit ^{Diluuntur}
 VLPIANVS l. i. §. 12. D. de success. edict. non arctandos esse ^{illorum ar-}liberos, qui ^{gumenta}
 bene ad propria bona veniunt, dum parentum hereditatem petunt. Ipsum ^{qui nona-}
 illud condominium rerum paternarum, quod liberis in potestate constitutis ^{genariae}
 tribuitur, ipsa illa unitas personae, suadet, ne facile liberi hereditate paren- ^{praescriptio-}
 tum excludantur. Germani certe, apud quos olim, cum simplicitatem ^{ni fauent.}
 naturae sequerentur, nullae hereditates, nulla testamenta erant, tamen ^{& responde-}
 cuique *liberos* heredes esse voluerunt. Ita enim ^{tur ad l. i.} TACITVS tradit c. XX. ^{§. ii. D. de}
de morib. German. Accedit ^{success. edi-}*naturale votum* omnium parentum, qui bona ^{cto.}
 sua ad sanguinem suum, & liberos, quorum causa tot illa sudoribus & vi-
 giliis quaesierunt, peruenire cupiunt. Denique ex ipso illo successorio
 edicto, cuius antea mentionem feci, intelligitur, praetorem noluisse, ut li-
 beri a bonorum possessione, vna duntaxat praescriptione, excludantur, sed
tres illis ordines, tria spatia, dedisse: quorum vno, si propter temporis
 lapsum, ad hereditatem peruenire nequeant, per reliquos gradus, intra con-
 stituta tempora, ad illam admittantur. Vt non incommode a petenda *bono-*
rum possessione ad ipsam hereditatis petitionem duci, posse argumentum vi-
 deatur.

Sed, ut profitear, quid sentiam, posset forte, legislatoris potestate,
 propter liberorum *miserationem*, constitui, ut, post praescriptionis tempus,
 ad hereditatem admittantur. At vero *iureconsultis* non licet ultra fines *in-*
terpretationis potestatem suam proferre. Largior, liberos *suos*, esse *condo-*
minos rerum paternarum. Sed *veri* etiam *domini* possessiones suas *praescri-*
ptione legitima amittunt. Neque *votum* parentum prohibere potest, ne li-
 beri *sua negligentia* bonorum paternorum iacturam patiantur. Denique ex
 edicto *successorio de bonorum possessionibus*, & generaliter ab hereditate illa
praetoria, pessime ad hereditatem *legitimam* & *ciuilem* ducitur argumen-
 tum. Ipse VLPIANVS l. i. §. 12. D. de success. edict. liberos *ideo* post
primum ordinem, in secundo & tertio adhuc admittendos esse, ait, quia
annus duntaxat illis praefinitus sit, ad bonorum possessionem impetrandam,
 & iniquum videatur, tam breui illos spatio excludi. Sed *hereditatis petitio*,
 de qua tractamus, ciuilis est, & tricenaria l. 7. C. de petit. hered. de cuius
 temporis angustia liberi iuste conqueri non possunt.

§. XIII.

Neque vero inter magistros artis nostrae defuerunt, qui olim intellige-
 rent, nihil *edictum successorium* ad *petitionem hereditatis ciuilem* pertinere, ^{Patroni ve-}
 adeoque male illos agere, qui propter triplex illud spatium *(praetorium, li-* ^{rrioris sen-}
tentia.

beris ad agnoscendam bonorum possessionem datum, triplicem illis hereditatis petitionem civilem, & triplex ius praescriptionis, tribuerunt. Quo in numero inprimis commemorandi sunt, viri in arte nostra summi, ANTONIVS FABER in *cod. L. VI. T. XI. def. 3.* & BERGERVS in *oec. iur. L. II. T. IV. §. 53. n. II.* Illi, inquam, olim obseruarunt, praetorem, ex bono & æquo iudicantem, per successorium edictum *ideo* triplex liberis concessisse possessionem bonorum petendi in tribus ordinibus spatium, quia tempora admittendae bonorum possessionis *brevissima* fuerunt: &, ne sit, de quo liberi, suam quodam modo hereditatem petitori, iuste conquerantur, tandem obtinuisse, vt, si tempore annuo ab vna parte successoria exclusi essent, ex alia succedant. l. c. *D. succ. ed.* Sed cum civilis petitionis hereditatis tempora sint longissima, non est idonea ratio, cur illud, quod praetori propter temporis breuitatem in beneficio *praetorio* placuit, ad amplissimum tempus hereditatis petitionis civilis, extendatur. Sed fortasse seduxit nagenariae huius praescriptionis defensores, quod successionem praetoriam iure nouo propter nou. 118. minus frequentari, censuerunt: ideoque ipsis visum est, fauorem liberorum in petenda hereditate patria, quem praetor olim admisit, civili etiam successionem accommodari posse: ne frustra praetor liberos aliis heredibus in definiendo spatio praescriptionis praetulisse videatur. Vnde enata est illa multorum sententia, filium, qui intra primos triginta annos hereditatem parentis agnoscere noluit, tanquam filius, eam intra sequentes alios triginta annos adire, vt agnatum, tum, iis quoque elapsis, intra totidem alios, tanquam cognatum illam sibi vindicare posse.

§. XIII.

Nullibi sublatum est tempus praescriptionis ordinariae in hereditatis paternaе petitione.

Verum enim vero obloquitur patronis causae aduersae l. 3. C. de praescrip. 30. l. 40. ann. quae omnes actiones civiles, siue reales, siue personales fuerint, sub quibus & hereditatis petitio, iuxta l. 7. C. de pet. hered. quia mixta est, comprehenditur, nisi breviori spatio, certe regulariter *triginta* annorum praescriptione excludi iubet, ad litium aeternitatem intercipiendam. Neque vero fas erat, propter imaginarium fauorem & miserationem liberorum, ausu proprio, petitionem hereditatis paternaе & auitae, inaudito exemplo proferre ad annos nonaginta, & praecepta artis nostrae, commento minus probabili, euertere & perturbare. Quae cum ita sint, apparet, multo minus *beneficium abstinendi* liberis a praetore concessum, quod anno terminatur, l. 1. §. 12. D. de succ. ed. & l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. per tempus longius sine causa idonea proferri posse.

§. XV.

Commentum praescriptionis

Ex his quae adhuc disputata sunt, intelligitur, adhuc longius illos a re-
cto defecisse, qui *filios testamento* paterno vel auito heredes scriptos *centum*
&

& viginti annorum habere praesidium, arbitrati sunt, priusquam ab hereditate paterna aut auita excludantur. Sed hi quidem filium ex testamento intra triginta annos se hereditati immiscere posse, ex l. 3. C. praescr. 30. l. 40. ann. tradunt: postea autem, tempore illo praeterlapso, liberos, quasi, omissa causa testamenti, ex edicto successorio, eiusque primo capite, unde liberi, intra idem temporis spatium bona paterna petere, hoc tandem elapso, intra idem tempus longissimum, tanquam agnatos ex secundo capite, tandem, iure cognationis, ex capite extremo, intra totidem annos, succedere parenti posse, profitentur.

At vero non potest esse obscurum, quam coacta sint illa, & a praeceptis iuris ciuilis aliena, quae in illam sententiam dicuntur. Primo enim, quae de bonorum possessione agnoscenda a praetore constituta: non pertinent ad ciuilem illam petitionem hereditatis auitae aut paternae. Deinde heredi scripto una duntaxat & simplex hereditatis petitio competit, quam nouimus triginta annorum spatio excludi. Quandoquidem cui ex testamento hereditas delata est, is sub unico tantum, heredum institutorum iure admittitur ad hereditatem. Imo vero etiam ab intestato hereditatis petitionem per triginta tantum annos patere, certum est. Vt non possit dubitari, iisdem XXX. annis simul illam, quae ex testamento tanquam heredi scripto competit, & illam, qua successores ab intestato uiuantur, propter ius praescriptionis, sublatam esse: neque una per praescriptionem sublata, dari ad alteram regressum. Optime ANTON. FABER ad cod. L. VI. tit. XI. def. 3. interpretum errore ad ciuilis successionis iura edictum successorium protractum esse ait, idque commentum a recta quidem iuris ratione alienum, sed usque adeo tamen a plurimis receptum esse, ut supremarum quoque curiarum decretis innumeris sit comprobatum. Plura de eo argumento idem Ictus Sabaudiensis in tract. de error. pragmat. & interpret. iur. ciu. dec. 3. tractat; & ESBACHIVS ad Carpz. p. III. const. XIV. def. 30. erroribus pragmaticorum illam de CXX. annorum praescriptione fabulam adnumerat, qua facile in foro iudicario caremus.

§. XVI.

Quae cum ita sint, frustra nonagenariae illius atque immemorialis praescriptionis, quam ad excludendam petitionem hereditatis auitae & paternae desiderant, patroni ad consensum multorum iudicorum, qui illam sententiam in decidendis causis secuti sint, prouocarunt. Hoc enim solo fundamento illos niti, qui tempus huius actionis longius proferunt, & ultra legis fines extendunt, viri summi perillustres WERNHERVS obs. LXIX. §. 3. STRYCK. ad Lauterb. de her. pet. tit. in fin. BRUNNEMANNVS ad l. 8. C. de iure delib. BERGERVS oec. iur. L. II. T. IV. §. 54. n. 11. agnouerunt. Neque vero illa multorum contra legem scriptam & ciuilia praecepta conspiratio a quoquam impetrabit, ut caeco impetu, quae pluribus in peruertenda

Supernacuum est illud ex fori usu argumentum.

da iuris disciplina placuerunt, continuo sequamur, & in tanto dissensu, opinionem, quae omnium maxime ab arte nostra abhorret, contra officium iusti interpretis probemus.

§. XVII.

*Io. SICHARDO
respondetur.*

Sed quid faciemus de SICHARDO, qui ex *anno utili*, quem praetor per L. 1. §. 12. D. *de succ. ed.* & L. 2. pr. D. *quis ord. in bon. poss. seru. liberis ac parentibus ad bonorum possessionem petendam liberaliter concesserat*, uti supra observatum est, collegit, liberis post triginta annos, quorum lapsu finitur hereditatis petitio, adhuc annum concedi posse, intra quem bonorum possessionem illis petere liceret. Huic vero *Joannes Jacobus WISENBACHIVS in exercit. XIV. ad lib. XXXVIII. D. §. 19.* abunde satisfecit. Enimvero praetor tempus petendae bonorum possessionis, propter summam ipsius brevitatem, quae iniqua esse videbatur, ignorantibus currere noluit, ideoque tempus *utile* concessit. Sed nunquam praetori in mentem venit, heredes scriptos illo iure post triginta annos, quibus hereditatis petitio excluditur, uti posse. Neque enim praetoris beneficium diutius quam civile remedium durabit. Plura in eandem sententiam BACHOVIVS *ad Treutl. vol. II. disp. XV. th. 1. lit. f.* disputavit.

§. XVIII.

*Iure civile
hereditati
paternae
XXX. annis
praescribi-
tur.*

Rectius igitur in *civilis* petitione hereditatis, etiam *auitae & paternae*, non praetorem, sed *civilis remedii naturam* sequimur. Sed nemini obscuro est, actionem civilem; qua hereditas petitur, mixtam esse, l. 7. C. *de petit. hered.* ideoque *praescriptione* quidem *longi temporis* non submoueri sed exemplo omnium mixtarum actionum, quod l. 3. C. *de praescr. 30. l. 40. ann.* definitur, post triginta demum annos expirare. Enimvero *iuris regulam* in omnibus, quae non *excepta* sunt, generaliter sequimur: ut non appareat, quid nos mouere possit, ut liberis petitionem hereditatis paternae, & auitae per tempus longius, inuita lege, producamus. Luculenter de illo argumento scabini Halenses a regimine Mannsfeldensi aliquando consulti in causa C. F. I. qui bona auita vindicaturus, hereditatis petitionem elapsis triginta nouem annis contra A. L. heredes instituerat, m. Mart. 1735. in hanc fere sententiam responderunt:

Daß die angebrachte Klage nicht statt habe, quanquam actor *nonagenariam* suae actionis praescriptionem, inuocata WESENBECCII, CARPZOVII aliorumque auctoritate studiose defendisset.

Cuius ab illis responsi hae rationes adductae sunt:

Obwohl Kläger die opponirte exceptionem praescriptionis, dem Ansehen nach, sattsam abgelehnet, immassen nicht zu läugnen, wie einige Rechtslehrer in den Gedanken, quod liberi 90. demum annis a petitione hereditatis paternae & auitae excludantur,

WERNH. Sel. obs. P. III. obs. LXIX. ibique alleg.
und hierbey zum Grunde setzen, quod nempe liberi ex triplici capite: vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati succedere, adeoque triplicato illo tempore ad hereditatem venire possint,

BERG. oec. iur. L. II. T. IV. th. 54. n. II.

STRYCK annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fin.

BRUNNEM. ad l. 8. C. de iur. delib.

Solchemnach es sich veranlassen will, daß diesen Einwendens ohngeachtet wider Befl. auf die Einlassung zu erkennen gewesen.

D. A. U. D. hauptsächlich die in denen gemeinen Rechten beziehete 30. Jährige praescription nirgends begründet, wie solches mit vielen Gründen behauptet

BERG. l. c. & in resol. Lauterb. tit. de succ. edicto, it. Rec. 299.

NIC. resol. pract. II.

LYNCK. resol. 252. & 399.

STRYCK. vl. mod. ff. de acquir. l. omit. hered. §. 3.

Auch, wenn schon besonders DD. Saxonici sich auf eine beständig hergebrachte Observanz beruffen,

PHILIPPI obs. pract. inst. l. 3. eclog. 34.

CARPZ. P. III. const. XIV. def. 30.

Dennoch selbige allhier nicht zu appliciren, vielmehr so viel das Herzogthum Magdebl. und die dessen Rechten unterworffene Lande angehet, schwerlich eine dergleichen Gewohnheit rechtlicher Art nach zu erhärten, wie denn auch Kläger dergleichen zu allegiren nicht geschickt gewesen, im Gegentheile denen gemeinen und Landes-Gesetzen gemäß, quod liberi petendo hereditatem paternam triplici actionis genere, nimirum vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati sich zu erfreuen haben, allein vergestalt und also, daß sie eine unter diesen actionen binnen 30. Jahren erwählen, gestaltsam

Magdebl. Pol. Ordn. CLII. §. 1.

ausdrücklich decidiret, daß in allen actionibus realibus, personalibus & mixtis nach 30. Jahren keine action mehr statt finden solle, und, daß solche allhier längst verstrichen, außer Streit ist: So haben wir hiernach gesprochen.

§. XVIII.

Sed de Saxonibus CARPZOVIVS p. III. const. XIV. def. 30. §. 9. te. Iure Saxon. statur, illos liberis ac parentibus nonaginta annorum spatium concedere, XXXI. annis quia ius civile sequantur in illa parte, in qua nihil speciatim iure Saxonico & termino fit constitutum. Sed supra comprobatum, ne ius civile quidem favere nonaginarie praescriptioni, adeoque temere asseritur, eodem nos iure vti in hereditatis Saxonia, propter iuris civilis apud nos auctoritatem. Rectius ius patrum auitae & L. I. Land. R. art. 29. expressum sequimur, quod omnibus rebus triginta ann.
an.

annis anno & die praescribi iubet. Eodem enim spatio *res* etiam *incorporales* perimuntur. Ut dubitari non possit *hereditatem* etiam *auitam* & *paternam* liberis eripi, qui per *tempus longissimum iuris Saxonici* illam vindicare omiserunt cum nec *ciuiles*, nec *Saxonum*, leges liberorum negligentiae faueant, sed utraque abhorreant a litium aeternitate.

XXXVIII.

DISSERTATIO.

VTRVM LIBERI
ACTIONE QVASI CALVISIANA
VENDITIONES PARENTVM
INOFFICIOSAS REVOCARE POSSINT.

AD LEG. VLT. D. DE REBUS IN FRAVD. PATRON.

VITEMBERGAE, AD D. XXI. MART. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Felix aliquando orbittas. Dissidium parentum atque liberorum. Remedia, quibus parentum negotia rescinduntur, odiosa.

*D*um *liberos* subinde aut cum *viuis parentibus* litem exercere, illosque in ius vocare, aut *mortuorum* certe iudicia & voluntatem impugnare video, solet me conditionis humanae miseratio subire. Enim vero, dum remedia malorum quærimus, & quae ad vitam commodius beatiusque tolerandam pertinere possint, comparamus, plerumque incidimus in laqueos, & quaedam retia, in quae delapsi demum intelligimus, nos facilius carituros fuisse fructu certissimæ iucunditatis, quam nubem malorum & vim tempestatis perferre, quae saepius voluptates maximas perturbat. Semper quidem parentem *urbis aeternae, Romulum*, probavi, qui raptas per ludicrum *Sabinas*, inter alias preces, efficaces ad muliebrem ingenium, spe & societate *liberorum*, quibus nihil humano generi cavius esse possit, demulcebat. a) Iudicaui, dulcissimum esse rerum humanarum,

*Si quidam ante ora parentis
Luderet Ascanius,*

si viuum sui imaginem pater foueret in sinu, & prolem suam ingenium paternum factis etiam puerilibus exprimere, spem futuri temporis e longinquo

osten-

a) LIV. I. c. 9.

ostendere, denique, quod Aeneas apud VIRGILIUM ^{b)} ait, non solum fortunam sed etiam virtutem verumque laborem a parente discere, videret. PAPINIANVS enim in sententia me confirmavit, qui *naturalem* liberorum caritatem, & commune votum omnium parentum esse, ait, vt liberis omnia rectissime eueniant, & vt potius liberis, quam sibi, consulatur l. 7. §. 1. D. si tabul. testam. null. l. 25. §. 1. D. si quis omiff. causs. test. l. 15. pr. D. de inoff. test. Sed postea intellexi, hanc etiam voluptatem non omnino certam esse generi humano. Audiui enim, multis illud, quod Epaminondas Pelopidae, orbitatem sibi exprobranti, responderat, obiici: vide ne tu peius consulas patriæ, qui talem ex te genitum relicturus sis. ^{c)} Vidi non paucos mortem liberorum, animo æquissimo tulisse, & quod Rhacoces, cum filium capitis accusaret, apud AELIANVM, ^{d)} Artaxerxi, dixerat, quasdam lactucas & arbores lætius succreuisse, posteaquam hortulani prouidentia τὰς ἐκφύσεις τὰς πιπρὰς, surculos amaros, sobolem improbam & pestilentem, amputasset. Miratus sum in prima propemodum ætate illius etiam reipublicae, qua nulla fere, post hominum memoriam, sanctior aut bonis exemplis ditior fuit, verberatos a liberis parentes, fidem diuorum inuocasse, ne iniuriam inultam sinant, deque illa causa extare legem SERVII TULLII, vt, si puer verberauerit parentem, & pater fidem parentum suorum implorauerit, puer diuis parentum sacer esset, & impune a quolibet occideretur. ^{e)} Vidi denique multis consilium quærendorum liberorum pessime cessisse, qui felicius vixerunt orbi atque destituti, quam, cum globo æmulantium iuuenum ex se genitorum cingerentur. Igitur nolui, quod ÆSOPVS ^{f)} prohibet, cupidius affectare, quod aliis datum est, ne spes delusa ad querelam recidat, aut certe malui paulisper differre spem liberos suscipiendi, ex qua multos messem tot malorum metere intelligebam.

Nimirum nulla spes magis lubrica & incerta est illa, quam de liberis concipiunt parentes. A nemine facilius, quam a liberis, iniuria pro gratia redditur. Primo enim corrumpuntur parentum indulgentia, quos sciunt, liberorum causa, quiduis & facere & pati. Quibus blandimentis adsueta, si quid durius accidat, parentum iniuriam accusant. Parentem, inprimis si ad secundas nuptias accesserit, nouercalibus delinimentis & instigationibus corruptum, ipsius naturæ, & sanguinis sui, quod GAIVS ait, l. 4. D. de inoff. testam. obliuisci, criminantur. Plerumque iniuriæ, quam beneficiorum, memoria altius animo infigitur. Nemo magis, quam parentes, ad se pertinere putet, quod PLINIVS ^{g)} & DIO CASSIVS ^{h)} monuerunt:

^{b)} VIRG. XII. æn. v. 435 sqq.

^{c)} NEP. in Epaminond. c. 10.

^{d)} AELI-

AN. var. histor. l. I. c. 34.

^{e)} FESTVS v. plorare. RÆVARDVVS ad L. XII.

tabb. c. 3. p. 18.

^{f)} THÆDR. l. III. fab. 18.

^{g)} PLIN. III. ep. 4.

^{h)} DIO CASSIVS l. 37. p. 62. & l. 38. p. 73. edit. Steph.

runt: „ita comparatum esse, ut priora beneficia subvertas, nisi illa posterioribus cumules: nam quamlibet sæpe obligati, si quid unum neges, hoc solum meminerunt, quod negatum est, aut quod Philo præcipit, apud *PLAUTVM.* 1)

Benefacta benefactis aliis protegit, ne perpluant:

quod cum fieri ex voto solutiorum adolescentium non possit, actum est fere de gratia, quam quis ex liberis sperare possit.

Mirifice animo commoveor, cum illud, fere quotidie in iudiciis accidere video, ut spes parentum deludatur. Sed, inter reliquas acerbitates, illud acerbissimum videtur, quod non solum, quæ parentes viui de demenso comparferunt suo, illi per lasciuiam profundunt, sed ne æquo quidem animo patiuntur, *parentes viuos* bonis suis perfrui, & digne collocare, quæ sudoribus suis & labore quæsiuerunt. Hæc plerumque parentibus pro tot vigiliis & curis, quas liberorum causa susceperunt, gratia redditur, ut hi quidem seruitutis legem indicant parentibus, & libere illos de rebus suis statuere omnino nolint; quasi, quod ab illis partum est, ad liberos duntaxat pertineret. Hoc *PAVLLVS* ipsis persuasit, qui, l. II. D. *de liber. & posthum. viuo etiam patre*, filios quodammodo *dominos rerum paternarum* dici, ait, qui, mortuo parente, non tam hereditatem, quam liberam potius administrationem bonorum, quorum iam antea *domini* fuerint, consecuti esse videantur.

Enimuero non permittendum est liberis, ut ficto illo *dominio* rerum paternarum, quod ipsis ad euitandos in aditione hereditatis circuitus tribuitur, tam proterue abutantur. Recte *VLPIANVS* l. I. §. 16. D. *de ventr. in possess. mittend.* obseruauit, *partum* non tantum parenti, cuius esse dicitur, sed *reipublicæ* inprimis nasci. Igitur, si liberi non prorsus sunt parentum, nae, illi cogitare debent, etiam illa, quæ parentum sunt, non prorsus ad se pertinere, neque patrem prohiberi posse, ne rebus suis, e commodo *reipublicæ* & aliorum, utcumque visum est, utatur. Quo animo esse credimus parentem, cui hæc merces paternæ prouidentiae redditur, ut, postquam educauit partum, sumtibus, labori, non pepercit, filium animo & corpore instructum *reipublicæ* exhibuit, illum iam non tam auxiliatorem & socium, quod sperauit, sed dominum & suarum rerum moderatorem habeat, quo inuito, bona suo labore parta, attingere, liberalitates exercere, amicis præstare beneficia vix possit? Hoc est anguem educare in sinu, donec adolescat, ut morsu eius pereamus. Quæ cui eueniunt, illum poenitere possit uxoris liberorum quaerendorum causa ductæ. Satis, si naturæ vocem audias, tributum est liberis, quibus, donec seiplos exhibere possint, nihil deesse patimur, quod ad rem feliciter administrandam pertinere possit. Hoc enim,

1) *PLAUT.* *trinum* II. sc. 2.

enim, ut a parentibus fiat, ipsa reipublicæ communis necessitas. cui liberos & spem posteritatis debemus, & natura, quæ utrumque parentem ad formandos alendosque foetus amore tenerrimo optime instruxit, exigere videtur. Reliqua cura ad rempublicam pertinet, cui partus a parente educatur. Nunquam hoc animo generantur alunturque liberi a parentibus, ut se ipsos spoliarent fortunis suis, & bona, quæ ad ipsos solos pertinent, liberorum arbitrio permittant. Igitur, si suæ quisque rei, quod CONSTANTINVS ait l. 21. *C. mandati*, moderator est, & arbiter, dominium, & facultas alienandi non potest parentibus inuitis eripi, & cum liberis communicari. Quidquid igitur de *portione liberis debita* iure Romano constitutum est, non videtur a natura, sed a iure ciuile profectum esse: ut non inepte illa portio *legitima*, id est iure ciuili & introducta & definita, dici possit. Hac enim significatione *tutela legitima* & hereditas etiam *legitima*, dicitur, quæ ex iure ciuili, & XII. tabb. legibus inprimis in rempublicam inuecta est.

Ex quibus rebus apparet, si *rationem naturalem* audias, *odiosa* esse *remedia*, quæ liberis ad *impugnanda* parentum iudicia, & *alienationes* ipsorum *reuocandas*, propter portionis legitimæ debitum, subinde accommodari solent. Enimuero, quamuis *nostra* fere *non intersit*, quid de bonis nostris post *mortem nostram*, cum sensu rerum humanarum fere carebimus, statuatur: tamen acerbum est *viuis parentibus*, si præuideant, *benefaciendi potestatem* sibi per liberos ademptam, illos, qui beneficia ab ipsis accipiunt, non satis securos esse: fidem suæ liberalitati ab amicis haberi tuto non posse: Omnia liberis, sæpe improbis, & pestilentibus, deglutienda datum iri; denique, postquam liberos progenuerunt, nihil fere sibi relictum esse, quam ut bona liberis corradant, quæ ab illis deinceps cum risu auferantur.

§. II.

In hac, quam disputauimus, sententia, haud ita pridem *præses* mirifice confirmatus est, cum de specie eiusmodi consuleretur:

IAVOLENVS CARFANIAM stupro cognouerat, ex quo PROCVLVS nascebatur. Carfania, IAVOLENO in ius vocato, a iudice ecclesiastico impetrauerat, ut cum illa nuptias contrahere IAVOLENVS cogeretur. Qua re Proculus, propter *subsequens matrimonium*, ius legitimæ sobolis nanciscebatur. IAVOLENVS, pudore stupri, quod admiserat, Proculum auersatus, magis omnino reliquis liberis, quorum quinque ex legitimo matrimonio susceperat, fauebat. Igitur mortuo interim Proculo, filio legitimo, qui Tulliam neprem reliquerat, pater decrepitus fundum CAIO, filio legitimo, bonis conditionibus vendebat: pretii partem non exiguam exclusa Tullia, nepte ex Proculo, filio legitimo, *quinque liberis legitimis* assignabat: inprimis a CAIO emtore, ut filias venditoris ex illo pretio liberaliter dotaret, sibi vero victum, & alia nonnulla, quæ ad vitæ commodita-

Occasio instituti. Species venditionis inofficiosa.

tem pertinent, præstaret, stipulatus erat: ita totum patrimonium exhauserat. Tullia neptis, post annum ætatis suæ vigesimum primum, adhuc per quinquennium quieuerat, & nihil molita erat propter fundum ab auo venditum, & pretium inter reliquos liberos diuisum. Iam vero extortam sibi spem hereditatis auitae indignius ferebat: ideoque opem & auxilium *aduocati*, scitissimi & eleganter eruditi, inuocabat. Hic quidem omnes aui liberos, qui de pretio illo, Tullia exclusa, participauerant, & dispersi locis diuersis habitabant, ad ratam partem *legitimæ portionis*, Tullia restituentiam conuenire, prudenter dubitauerat. Intellexerat enim, partem pretii, viuo patre accepti, liberis legitimis non alio obtentu, quam *donationis inofficiosæ*, extorqueri posse: sed huius remedii tempus fere elapsum erat, & res præterea multis incommodis non carere videbatur. Igitur, quid faceret Tullia patronus? Emtor fundi auiti occurrebat, a quo, quod petebat, impetrari posse arbitrabatur, cum & soluendo esset, & fundum auitum possideret. Igitur ipsam *venditionem*, quasi fundus *in fraudem legitimæ alienatus videretur*, impugnabat: *Die weil mein Groß-Vater durch diesen Verkauf mich um mein Pflicht-Theil recht vorseßlich bringen wollen, mithin ius, rem alienatam in tantum reuocandi, in quantum legitimam lædit, mir zu statten kommt, Als bitte zu erkennen und auszusprechen: daß der zwischen Beklagtem und der Klägerin Groß-Vater getroffene Kauff, in soweit er die legitimam lædiret, zu cassiren, und Beklagter den 6ten Theil von der Helffte des erkaufften Guths, mit allen accessionibus und fructibus, auch dem Interesse, Klägern herauszugeben und abzutreten schuldig.*

Aduocatus rei, non minori facundia & ingenio, negabat Tullia *ius agendi* competere: sed reum titulo singulari, eoque oneroso, rem adquisiuisse, actricem non per venditionem, sed per assignationem pretii, quod titulo lucratiuo ad reliquos liberos peruenerat, læsam esse. Igitur *donationem, tanquam inofficiosam*, ab omnibus heredibus reuocandam esse, huius vero remedii tempus expirasse, non dari actionem aduersus *emtorem rei in fraudem legitimæ alienatæ*, erudite & solide excipiebat. Sed replicabat actor: dari actionem: illamque *quasi Caluisianam* dici, quam *PAYLLVS l. 13. D. si quid in fraudem patron. etiam arrogato filio*, propter fundum, in fraudem quartæ Diui Pi, alienatum accommodauerit: non esse locum dubitationi, quin idem remedium etiam *liberis legitimis*, & per subsequens matrimonium *legitimatis*, si quid in fraudem legitimæ alienatum fuerit, concedi possit. Hanc actionem *perpetuam & in rem scriptam* esse, ideoque possessorem recte conueniri: inprimis fidem *FACHINÆL* ^{h)} inuocabat, qui & ipse liberis, propter inofficiosam alienationem, ad exemplum arrogati, & patroni, quasi Caluisianam dari præcepisset.

Dici

^{h)} *FACHINÆVS* controuerf. iur. VI. c. 85. p. 507.

Dici non potest, quanta vtrunque elegantia & eruditione ab vtriusque partis patronis fuerit de illo argumento disputatum. Mouebat inprimis ingenium actoris, qui, raro exemplo, in tanta sterilitate fori & bonarum mentium, circumspēcte & scienter, deprompto ex visceribus artis nostræ remedio, quod centum alii ignorant, causam clientis desperatam sanare laborauerat. Dignissimus fuisset victoria, propter exemplum, ut intelligerent alii, quantum intersit, præcepta artis nostræ non primis labiis duntaxat degustasse, & cum res in angustias adducitur, non semper sufficere remedia, quæ sunt in triuio, sed arte & scientia opus esse, ad rem feliciter gerendam. Igitur parum aberat, quin fauerem partibus actoris. Sed cum rem penitus inspicerem, & diu cunctatus essem, res caruit euentu, & actor causa cecidit, non minori sua laude, qui causam impeditissimam optime egit,

Et, quanquam cecidit, pulchris tamen excedit ausis.

Euimvero præses respondit: secundum ea, quæ proponerentur, non locum esse huic actioni: Daß die Klage, angebracht der Maassen, nicht statt hat, die beyderseits auffgewandten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. Et iam quidem *res iudicata est*. Sed operæ pretium videtur, speciem, quæ sæpius occurrit, diligentius tractare.

§. III.

Nimirum ipsa *Caluisiana actionis* directæ natura prohibet, ut illa, ne *Actio Calui- utiliter* quidem, id est, secundum fines illos, ad quos a prætore compa- *siana datur* rata est, *liberis*, propter *venditiones* parentum *inofficiosas*, dari possit. Igi- *patrono, in* tur, ut recte de illa causa statuamus, refert, de ipsa *Caluisiana actione* cuius frau- *dem liber-* aliquid præfari. Enimvero, lege *Caluisiana & Fauiana*, seu *Fabiana*, quo *cus aliquid* nomine *PAVLLVS in rubro tit. 3. L. III. sentent.* illam appellat (solent *dolo malo* enim *ICTI* aliquando prætoris etiam edictis *legum* nomen tribuere, l. 1. §. 2. *alienauit.* *D. unde. cognat.*) vtrique, inquam lege, cautum est patrono, ut, quid- *in fraudem* quid eius *alienatum* fuerit, a liberto, qui *testatus* decesserit, *Fa-* *biana*, qui *intestatus*, *Caluisiana formula*, ut *PAVLLVS ait tit. 3. lib. 3.* *sentent.* aut *Caluisiano iudicio* l. 16. pr. *D. de iure patron.* dicitur, subinde reuocetur. Hoc enim & *VLPIANVS* l. 3. §. 3. *D. & DIOCLETIANVS*, l. 2. *C. si quid in fraud. patron.* docent.

Sed primo quidem prætor *dolum* desiderat, quo spes patroni sit interuersa a liberto. Ait enim prætor: si quid *dolo malo* liberti, factum esse dicetur. l. 1. pr. *D. si quid in fraud. patr.* Neque vero, quamuis in feruili ingenio, facile credimus, *dolo malo* aliquid gestum esse, nisi, quod *SCÆ- VOLA* præcipit, l. 6. *D. de probat. manifeste* doceatur, in fraudem patro-

S 3

ni

1) SCHVLTING. iurispr. anteiustin. p. 339.

ni aliquid datum esse a liberto. Sed hæc prima est difficultas, ut dubitem, liberis *Caluisianam* dari, ad venditionem partis reuocandam; cum omnia alia potius, quam *dolum*, suspicemur de *parente*. Vnum duntaxat *VLPIANVS* l. 1. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* excipit, ut, si *mortis causa* aliquid alienatum fuerit, non exigamus, ut probetur, *dolo malo* illud gestum esse; cum sufficiat, quod *mortis causa* sit donatum. Ceteroquin *dolum* desideramus in liberto. Ex hoc fonte deducitur, quod auctore *PAVLLVS* l. 5. §. 1. D. *eod. iuramento in litem* locum demus, si res, in fraudem patroni alienata, non restituatur; maxime, si & possessor *dolo malo* rem occultet. Generaliter enim, cum *dolus & contumacia* non restituentis puniuntur, quod idem *PAVLLVS* docet, l. 2. §. 1. D. *de in lit. iurand. actor in litem* iurat.

§. IV.

Quid in fraudem patroni alienatum videatur. *Actio Caluisiana est remedium subsidium.* *Habes* primam difficultatem, quæ videatur liberis ob stare, ne parentum negotia *Caluisiano* iudicio rescindant. Sed occurrent plures, si curatius de illa actione exponemus. Prætor enim negat patrono eiusque liberis *Caluisianam actionem*, nisi in fraudem patroni aliquid gestum fuisse, doceatur. Igitur, si in fraudem legis res suas alienauerit libertus, non dabitur locus *Caluisianæ* actioni: cum ipso iure nulla sint, quæ in fraudem legis sunt administrata. Ita enim *IULIANVS* atque *VLPIANVS* distinguunt l. 16. pr. D. *de iure patronat.* Quandoquidem enim lex patrono successionem negat, nisi, quantum ad bona & possessiones attinet, maior *centenario* fuerit libertus; *Caluisiana* locum non habebit, si *dolo malo* libertus aliquid alienauerit, ut *centenario minor* esset. Quicquid enim hoc consilio in alios fuerit translatus, perinde habebitur, ac si in bonis liberti esset: ut alienatio ipso iure nulla videatur. Hoc & *VLPIANVS* obseruauit, l. 3. §. 20. D. *de bonis libert.* Ex quibus locis apparet, non nisi in subsidium, & cum aliud remedium non suppetit, admitti *Caluisianam actionem*. Enimuero, si res plures alienauerit, & priori alienatione id egerit libertus, ut *centenario minor* fieret, res vero reliquas postea dissipauerit, cum ipsi non amplius centum suppeterebant; in posterioribus tantum *Caluisiana* locum habet, cum prior alienatio ipso iure nulla videatur l. 16. §. 2. D. *de iure patron.* Imo semper, si alia actio sit in promptu, prætor denegat *Caluisianam*. Ideoque etiam, si libertus pro alio debitore fideiussit, cum debitor etiam *mandati* teneatur, non locus est *Caluisianæ*, nisi, cum deficiet actio *mandati* l. 1. §. 19. D. *si quid in fr. patr.*

Nolo verbosus esse in re manifesta; sed velim tamen, hoc non negligi ab interpretibus ut intelligatur, liberos, si alio remedio legitima ipsis salua esse potest, non posse quasi *Caluisiana* actione parentum venditiones impugnare.

§. V.

Itaque, si alia omnia defuerint, *reuocabitur Caluisiana actione*, quid Inprimis do-
quid in fraudem patroni *alienatum* fuit a liberto. Sed noli existimare, fa- nationes li-
cultatem alienandi & vendendi ademptam penitus libertis. *VLPIANVS* bertorum
enim non patitur libertum circumscribi, ne rebus suis libere vtatur, & si in fraudem
visum fuerit, illa etiam consumat, quæ suis sudoribus & labore adquisiuit. *Etæ reuocan-*
l. i. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Sed praetor duntaxat vetuit, ne in ex- tur. Mera
traneos liberalis sit libertus hoc consilio, *vt portio patroni minuatur.* liberalitas
liberti coer-
cetur.

Igitur *PAVLLVS* & *IAVOLENVS* *Fabianam* & *Caluisianam* actionem
tunc demum admittunt, si quid *donatum* fuit a liberto l. 5. pr. l. 11. & l. 12. D.
si quid in fraud. patr. Quod & *VLPIANO* placet l. i. §. 11. D. *eod.* Generaliter
enim receptum est, vt, qui hereditatis partem quibusdam personis *necessario*
relinquere debebat, donationibus immodicis exhaurire patrimonium non pos-
sit. Quare & *MARCIANO*, itemque *PAPINIANO*, placuit, post *capitale*
crimen contractum donationes factas non valere, cum fisco hereditas debe-
ri videatur, l. 15. D. *de donat.* l. 31. §. 4. D. *eod.* nisi quod *VLPIANVS*
donationes modicas, quas reus sine suspitione poenæ in aliquem contulerit,
ferri posse arbitretur l. 7. D. *de donat. m. c.* Ex quibus rebus apparet,
meram duntaxat *liberalitatem* reuocari posse, si fraus facta fuerit patrono.
Neque tamen omnem prorsus copiam benefaciendi libertis ademerunt magi-
stri artis nostrae. *IULIANVS* enim *liberto viuo* permisit *donare beneme-*
rentibus amicis, citra merum *Caluisianæ* actionis. l. 9. D. *si quid in fr. patr.*
vt *remuneratoria* donatio, quæ non est mera liberalitas, non videatur re-
uocari potuisse. Imo vero *VLPIANVS* l. i. §. 2. & 10. D. *eod.* nec *pieta-*
tem liberti in *liberos* reprehendendam esse credidit, quamuis portio patro-
ni per illam minuatur: si enim *filiam dotaui*, fraudasse patronum non
videtur l. i. §. 10. neque, si quid filio donatum fuerit, reuocare potest,
d. l. i. §. 2. *eod.* cum recte beneficium collocauisse videatur. Quod monen-
dum fuit, vt intelligatur, quid obstat liberis, qui venditionem fundi, cum fi-
lio nati maiori, pietatis causa, a parente contractam, quasi *Caluisiana*
actione reuocari posse arbitrentur.

§. VI.

Satis, credo, comprobatum est, liberalitatem duntaxat meram & su- *Venditiones*
peruacuam liberti *Caluisiana actione*, propter *dolum*, reuocari. Superest, vt in fraudem
de reliquis *alienationibus*, & inprimis de *venditione*, videamus. Atuero patroni fa-
aperte quidem *PAVLLVS* l. 35. pr. D. *de iure fisci*, non solum per *donatio-* *Etæ propter*
nem, sed *quocunque modo* res in fraudem *alienatas*, reuocari, docet. Imo *liberalita-*
speciatim de *Caluisiana* *VLPIANVS*, l. 44. ad edict. omne, *quodcunque* *tem interue-*
in fraudem patroni gestum est, reuocari, ait: itemque iuris esse, in per- nientem re-
uocantur.

mutatione; & in *locationibus* similiter idem obseruari, l. 1. §. 3. & 13. D. *si quid in fraud. patr.* ut parum absit, quin etiam, quæ ex contractu *oneroso* in alios translata sint, in fraudem patroni alienata esse videantur.

Sed ausim affirmare, *VLP IANVM* duntaxat tractare de negotiis, cum quibus coniuncta est species aliqua donationis. Idem enim ille *VLP IANVS* alio loco, creditorem, apud quem libertus pro alio, qui non soluendo est interuenit, non teneri, ait: *Fabiana* aut *Caluisiana* actione, cum non donauerit creditori, qui fideiussit pro debitore creditoris; sed ipsum debitorem, pro quo fidem interposuerit libertus, recte a patrono conueniri, si donationis causa libertus interuenit. l. 1. §. 19. D. *si quid in fraud. patron.* Ut dubitari vix possit, prætorem & interpretes exigere donationem, ut *Caluisianæ* locum dare possint.

Igitur reuocabimus *venditiones* tantum illas, in quibus *donatio* quaedam interuenit: cuiusmodi species *ARISTO* & *POMPONIVS* l. 18. pr. D. *de donat. mixta cum donatione negotia* appellant. Constat enim, quamuis *mixtum* sit negotium, tamen quatenus *donatio* est, non contrahi obligationem ab accipiente: sed liberalitatis iure, quod gestum est, censeretur. d. l. 18. pr. *de donat.*

Huc pertinent illæ visiones, de quibus *VLP IANVS* l. 36. & 38. D. *de contrah. emt.* tractauit. Cum enim in *venditione* quis pretium rei ponit, *donationis causa*, non exacturus, non videtur vendere, sed donare voluisse. d. l. 36. Idem in *societatibus* receptum, quæ, teste eodem *VLP IANO* *donationis causa* non recte contrahuntur, l. 5. §. 2. D. *pro socio*, quamuis *ut donatio*, valeat, quod gestum est; si modo contrahentibus voluntas alienandi, & *donandi* fuisse videatur: extra hunc casum enim, quod *PAVLLVS* docet l. 55. D. *de contrah. emt.* *nuda & imaginaria* *venditio* pro non facta est, ut nec eius rei *alienatio* facta esse intelligatur.

Igitur si *donationis causa*, pretio per *imaginem* constituto bona vendiderit libertus, non dubito, *Caluisiana* patronum, experiri potuisse: cum totum negotium *donatio* fuisse videatur: ad quam impugnandam *Caluisiana* actio in primis comparata fuit a prætore.

Sed, si *donationis causa* non quidem sine pretio, sed tamen *vilius* vendiderit libertus, utrum reuocari possit, videamus. Mouet enim, quod luculenter *VLP IANVS*, si quis, *donationis causa*, minoris vendat, ait, *venditionem* nihilominus valere; quamuis res viliori pretio, *donationis causa*, distrahatur, l. 38. D. *de contrah. emt.* Neque *imaginaria venditio* est, quod idem ille ait alio loco, si pretium, quamuis minus iusto, perueniat ad venditorem, l. 16. D. *de reg. iur.* Quare possit videri esse non *donatio*, sed *venditio*, quamuis venditor, *donationis causa*, partem pretii remittat; cum
ne-

negotium, ex eo, quod principaliter actum est, plerumque æstimetur, & illa, quæ accedunt, obligationem omnino non peruertant.

Sed VLPPIANVS tamen vnâ speciem excipit, in qua venditio viliori pretio contracta, perdat naturam emtionis, & infirmari posse videatur: vt puta, si inter illas personas contractum sit eiusmodi negotium, *inter quas ne quidem donatio subsistit*. Ait enim, hoc ita inter ceteros obseruari: vt nihilominus sit venditio, quamuis pretium, liberalitatis causa, vilius sit constitutum; sed *inter virum & uxorem, donationis causa* venditionem factam, *viliori pretio*, nullius momenti esse. l. 38. in fine, D. de contr. emt.

Igitur non potest esse obscurum, quod fere, vbi donatio irrita est, etiam venditio, donationis causa, pretio viliori facta, iuste infirmetur. Hoc enim habet rationem, cum illis, qui commento venditionis vsi sunt, non debeat prodesse consilium fraudationis. Quæ cum ita sint, recte VLPPIANVS l. i. §. 16. D. *Si quid in fraud. patr.* enim *Caluisianæ* locum dedit, *si res per fraudem vilius* distracta sit: vt emtor teneatur, in quantum per partem veri pretii remissam, portio patroni fuit deminuta. Mixtum enim cum *donatione* negotium videtur, si res per fraudem viliori pretio vendatur. Sed irrita est donatio in fraudem patroni facta a liberto.

Occurrit fere similis obseruatio in *fraudatorio edicto*, ex quo *Paulliana* actio descendit, de quo IOSEPH. NERIUS ^{m)} aliquid non ineleganter obseruauit. Abscisse enim PROCVLVS & PAVLLVS l. 7. D. *quæ in fraud. credit.* si debitor in fraudem creditorum *minore pretio* fundum vendiderit, illum reuocari posse, aiunt: vt ne pretium quidem emtori, fraudis conscio, restituatur. Sed VLPPIANVS quidem emtorem rei, in fraudem *patroni* alienatæ mitius tractauit: ratione luculenta, quia non, vt in *Paulliana*, de dolo emtoris, qui, in *Caluisiana*, quamuis ignarus emerit, tenetur, sed de dolo liberti disputatur l. i. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Igitur id tantum agitur, vt ne patrono fraudi sit venditio, sed vt potius *lucrum extorqueatur emtori*, quam vt patrono aliquid de portione ipsi debita deminuat.

Lucrum itaque, ab emtore, quatenus per illud portio patroni læsa fuit, restituitur, si rem viliori pretio redemit. Videtur autem *viliori pretio* emisse, si res *non iusto pretio*, sed *per gratiam* ipsi vilius vendita fuerit a liberto. Ita enim VLPPIANVS rem definit, l. i. §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.* Igitur si pretium iustum dederit, quamuis patronus in illam rem habeat *affectionem*, vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, aut parentes eius sepulti, nullo pacto audiendus est patronus; cum fraudem in damno pecuniario non passus sit patronus, & hoc sufficiat ad exclu-

den-

^{m)} IOSEPH NERIUS analect. L. I. c. 8. in thes. Otton. T. II. p. 338.

dendam *Caluisianam* actionem. l. 1. §. 15. D. eod. Qua re apparet, *veritatem*, non *affectiōem*, æstimari in pretio rei venditæ definiendo.

Neque tamen hic subsistit æquitas prætoris. Vult enim lucro tantum exui emtorem. Ideoque non simpliciter iubet rem restitui, sed tunc demum, si emtori reddatur pretium, quod numeravit. l. 1. §. 12. & 16. D. *si quid in fraud. credit.* Omnino enim noluit emtorem pretio fraudari, d. l. 1. §. 12. eod. Imo vero ne pretium quidem ipsi simpliciter obtruditur, sed datur ipsi electio, *utrum malit* a re discedere *pretio recepto*, an rem *iusto pretio* habere, & supplere quod iusto pretio deesse videatur, l. 1. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Illud tamen expeditum est, cum re etiam fructus restitui patrono, quod *PAVLLVS* iubet l. 38. §. 4. D. *de usur.* cum id agat prætor, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; neque id cuiquam iniquum videri possit, cum verbum, *restituas*: quo in hac re prætor usus est, *plenam significationem* habeat, ut fructus etiam restituantur. d. l. 38. §. 4.

Haud multo secus cum *venditore* agitur a quo libertus in fraudem patroni *carius emerit*. Placuit enim, releuandum in pretio patronum, conditione *non patrono* delata, an velit ab emtione discedere, *sed venditori*, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere, pretio persoluto. Ita *VLPIANVS* docet l. 1. §. 13. D. *si quid in fraud. patr.*

Nolim tamen, quæ de viliori pretio dicta sunt, eo extendi, ut si *paululum viliori* pretio emerit, quod *GRATIANVS* & *VALENT.* aiunt, l. 15. C. aiunt, l. 15. C. *de rescindend. vendit.* id est, si libertus circumscriptus sit in pretio parumper, confestim *Caluisianæ* locum faciamus: negant enim *impp.* ex illa causa discedi a venditione d. l. 15. C. *de rescindend. vendit.* Enimvero *VLPIANVS* *gratiam* licerti desiderat, & non *iustum* pretium, ut quis *Caluisiana* possit experiri l. 1. §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.* Sed cum hodie ex *DIOCLETIANI* & *MAXIM.* præcepto l. 2. C. *de rescind. vendit.* illud pretium demum *minus*, seu *vilius* & *iniustum* videatur, quod nec dimidiam partem *veri pretii* contineat; expeditum est, post illam legem neque *directam*, neque *quasi Caluisianam* contra emtorem dari, nisi cum ne pars quidem dimidia veri pretii fuerit soluta. Ceterum, si *dolus* illius, cum quo libertus contraxit, interuenerit, obtemperandum erit imperatoribus, qui l. 10. C. *de rescind. vendit.* *dolum qualitate facti*, non *quantitate pretii* omnino æstimari voluerunt.

Hæc disputata sunt, ut iudicari possit, utrum actor in illa specie, quam supra, §pho II. commemorauimus, recte sit expertus aduersus emtorem prædii aucti, ad venditionem omnino rescindendam, non oblata pretio, quod

em.

emtor numerauerat, patri venditori; cum ne dixerit quidem actor, rem, quam emtor possidebat, *vilius* venditam fuisse.

§. VII.

Emtor igitur tenebitur *Caluifiana*, si viliori pretio, *donationis causa*, rem vendiderit libertus; cum illa species *mixtum cum donatione negotium*, quod ARISTO ait l. 18. pr. de *donat.* continere, & libertus facultatem *donandi* non prorsus liberam habere, videatur. Sed, si quis *iusto pretio*, bona fide, emerit, VLPIANVS ait, emtorem securum esse, ne *Caluifiana* conueniri possit. l. 1 §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.*

Datur Caluifiana contra illum ad quem lucrum peruenit. Illa personalis est, & perpetua.

Generaliter enim prætor tantum iubet *lucrum* reuocari, per quod portio patroni minuatur; cum potior esse debeat *patroni causa*, quam *extraneorum*. Quapropter ille tenebitur duntaxat, ad quem aliquid *lucratiuo* titulo perueniat, ex negotio, quod in fraudem patroni gestum esse videatur. Faciamus igitur, bona fide, iusto pretio, rem a possessore emtam esse, sed libertum illud pretium *aliis donasse*; expeditum est, teneri illum, cui libertus pretium donauit, non emtorem, qui *titulo oneroso*, soluto pretio, rem adquisiuit. Ita POMPONIO placuit l. 1. §. 14. D. *si quid in fraud. patr.* Finge porro, confestim ab emtore pretium ad extraneos, quibus libertus illud donauerat, & nunquam ad libertum, peruenisse; vt: si emtor *delegatus* fuerit illi, cui libertus pretium donabat. Sed certius est, si VLPIANO credimus, d. l. 1. §. 16. D. *eod.* non emtorem, sed illum potius teneri, ad quem pecunia peruenit. Quod meretur obseruari, cum idem fere, in illa specie acciderit, de qua supra in §pho II. coepimus tractare. Pater enim iusserat filium, emtorem fundi, pretium emtionis quinque liberis legitimis, exclusa nepte Tullia, *donationis causa*, numerare, & quinque liberis delegauerat emtorem. Qui cum liberis venditoris pretium venditionis exsoluisset; certum est, non emtorem, sed quinque liberos omnino conueniri debuisse.

Nempe is demum pulsabitur *Caluifiana*, ad quem *lucri aliquid* peruenit ex negotio, quod patrono fraudi esse possit. Sed quid faciemus, si ille non soluendo sit, ad quem pecunia peruenit: vtrum in subsidium teneri emtorem, aut quemcunque, qui pecuniam dederit, dicemus? Imo vero negat VLPIANVS, l. 1. §. 17. D. *si quid in fraud. patron.* cum non habeat lucrum, qui pecuniam dederit. Igitur, quamuis ille, qui accepit, pecuniam prodegerit, magis est, illum, qui dedit, non debere perdere pecuniam, quam bona fide numerauit, d. l. 1. §. 17. Ex quo loco apparet, emtorem Caium, qui iussu venditoris, in specie supra proposita, pretium quinque liberis numerauerat, quamuis ceteri soluendo non essent, non potuisse conueniri *Caluifiana* actione.

Ceterum non attinet, *utrum* ille *consciis fraudis fuerit*, ad quem pecunia peruenit; cum non *fraus* eius, cui alienatum est, sed *dolus* liberti, coerceatur; & cum tantum placuerit prætori, potius possessorem *lucro*, quam patronum portione debita, carere, l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.*

Sed tenebitur tunc demum, si *lucrum* ad ipsum pervenerit, ut locupletior ex illo factus esse videatur. Finge igitur *lucrum* illud plane *non extare*, id est, si nemo ex illo fuerit factus locupletior: ut: si pecuniam libertus abiecisset, ut patrono subtrahatur; constat cessare actionem, quod AFRICANVS monet l. 10. D. *eod.* Idem dicemus si quædam persona, sine suo dolo malo, *interposita* fuerit: ut: si libertus Caio dederit, ut Velleio redderet: nemo dubitat, Caium non teneri, cum *lucrum non acceperit* ex negotio liberti. Ita enim IAVOLENVS respondit, l. 12. C. *si quid in fraud. patr.*

Quæ cum ita sint, possit dubitari, *personalem* an *realem* dicamus *Caluisianam actionem*. Sed VLPIANVS dubitationem diluit, qui hanc actionem *non in rem*, sed in personam, esse, ait: adeoque & heredi competere, & in heredem, ceterosque successores. l. 1. §. 26. D. *si quid in fraud. patr.* Neque enim poterat *realis* appellari, cum res *vere & perfecte alienata* fuerit a liberto, nec dicere possumus, libertum ius donandi & vendendi non habere: quod VLPIANVS docet l. 1. §. 10. D. *eod.* Qua re dubitari non potest, *dominium* rei ex negotio, quamvis in patroni fraudem, contracto, per traditionem, translatum esse a liberto.

Translato igitur dominio, non in *rem* patronus, sed in *personam*, debet experiri. Dicemus vero, *personalem* actionem *ex dolo liberti*, & *æquitate*, ne quis extraneus, cum *fraude patroni*, cui summa gratia debetur, locupletior fieret, oriri. Ex qua re descendit, ut, *non quilibet*, cum quo *negotium* a liberto, infraudem potroni, contractum est, sed is demum, ad quem *lucrum vere peruenit*, & qui *lucrum possidet*, conueniatur; quandoquidem mera illa æquitas prætoris, *non vult obligari innocentem*, sed *lucrum* tamen *extraneo* potius *auferri*, quam *deminui* patroni portionem.

Apparet igitur, *personalem* esse *Caluisianam* actionem, quæ ex *dolo* & *æquitate* oriatur; quamvis *æquitas* illa postulet, ut ille *lucrum vere perceperit*, aut *possideat*, qui conuenitur. Quapropter miror, incomparabilem magistrum artis nostræ, B. LYNCKERVM, n) paullo remissius tradere: hanc actionem in *quemvis possessorem*, detracta mentione doli, porrectam esse, adeoque *realem qualitatem sapere*, & pro anomala habendam esse. Certius enim est, nihil *realis* qualitatis inesse in *Caluisiana*, sed hanc *mere personalem* esse, quamvis illa *æquitas*, ex qua descendit, exigat, ut nemo

ex

n) LYNCK. analect. ad synt. iur. ciu. Struv. l. 38. tit. 5. p. 317.

ex liberti negotio conueniatur, nisi ad quem lucri aliquid peruenit. Sed seduxerat hoc Tulliam, cuius §pho II. mentionem fecimus, quod *posseforem* arbitrabatur *de inofficiosis alienationibus* teneri.

Ceterum *rei persecutoriam* hanc esse actionem & VLP IANVS docet, l. 3. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* & res ipsa loquitur, cum non de dolo possessoris quaeratur in *Caluisiana*, sed *lucrum* duntaxat ipsi, quamuis *innocenti*, hoc remedio extorqueatur.

VLP IANVS etiam *perpetuam* esse ait, d. l. 3. §. 1. eod. quod inprimis placuit Tulliae patrono, in illa specie, quam saepius commemoravi: quandoquidem dies remedii, quo *donationes* inofficiosae impugnantur, iam tunc exierat; ut necessario confugiendum esset *ad actionem perpetuam*, qua venditio inofficiosa impugnari posset. Attinet monere, quod, praeter expectationem, *Caluisiana in perpetuum* dari iubeatur: cum tamen *rescindat* negotium, quod iure civili subsistebat. Solent enim alias huiusmodi remedia quod constat inter omnes, *anno* terminari.

§. VIII.

Habes naturam Caluisianae actionis. Neque vero cuiquam, qui cogitauerit, quae adhuc disputata sunt, existimem, difficile futurum iudicare *Argumenta* vtrum & legitimis liberis *quasi Caluisiana*, quam PAVLLVS l. 13. D. *si* *quid in fraud. patr.* appellauit, id est, *Caluisiana utilis*, concedi possit, ad *quibus de-* *quasi Calui-* *fenditur* *sianam* inofficiosas parentum venditiones impugnandas. Sed instruem tamen vtrin- *actionem li-* que aciem, ut tanto aptius deinde concurramus. Neque enim dissimulo, *beris accom-* non nulla dici posse ad speciem, ab illis, qui *utilem Caluisianam* liberis *modari posse* commendent. *ad inofficio-*

Primo enim, ipsa *portio* patroni, quae olim dimidia fuerat, ex bonis *rum paren-* liberti, qui centenario non minor esset, reducta est ad trientem; ut fere *tiones reuo-* *liorum legitimae* portioni aequalis videatur: quod CUIACIUS ^{o)} diligenter *candas.* obseruauit. Imo vero DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 1. C. *si in* *fraud. patr.* ipsam portionem patroni *legitimam partem*, appellarunt: ut parum intersit inter illam, quae patronis, & quae liberis debetur, & non incommode, ad hanc ab illa duci posse argumentum videatur.

Sed accedit & alius color, qui ex l. 1. §. 2. D. *de bon. libert.* petitur. Ait enim VLP IANVS, successionem patroni inductam, *ex imagine societatis*, quae inter patronum & libertum contracta esse videatur. Sed inter *paren-* *tes* etiam & *liberos*, inprimis *suos*, intercedit quaedam species societatis, quae permouit PAVLLVM, ut l. 11. D. *de lib. & posth.* fingeret liberos, etiam *viuis parentibus*, esse quasi *dominos* rerum paternarum, cum quibus omnia communicata esse videantur. Igitur, quae inuidia est, quo minus idem iu-

T 3

ris,

^{o)} CUIACIUS ad Afranium tract. l. p. 1291.

ris quod patronis tribuitur, demus etiam liberis, quos ipsa *natura*, cum parente, *societate dulcissima* coniunxit.

Imo vero, videtur superuacuum, rem disputando impedire, cum aperte PAVLLVS, l. 13. D. *si quid in fraud. patron.* etiam arrogatis dederit *quasi Caluisianam* actionem, ut quartam ex constitutione Diui Pii, sibi debitam & fraude arrogantis interuersam aut deminutam, a possessore reuocarent. Ita enim PAVLLVS, d. l. 13. „Constitutione Diui Pii cauetur de impube, re adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptauit fuerat, *pars quarta* ad eum pertineat, qui adoptatus est, nisi causa cognita emancipatus sit. *Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Caluisianam seu Fabianam actionem reuocandum est.* Igitur cum liberis arrogatis *Caluisianam* concedi intelligamus; videtur esse manifestum, illam dari multo magis posse *legitimis & naturalibus* liberis. Ipsi enim *arrogati* imitantur duntaxat iura legitimæ sobolis; cum, contra, *naturalibus* etiam profit *coniunctio sanguinis* ad hereditatem parentis expectandam.

Denique & Ictorum consensus non mediocriter commendat liberos, ut ad *quasi Caluisianam* actionem admittantur. BARTOLVS enim ad l. 2. D. *si quid a parent. manumiss.* in *Caluisiana* actione liberis patrocinator. Idem FACHINEVS quem antea laudavi, p) quia *par sit ratio*, nec minori fauore re digna videatur *legitima filiis* debita, quam quae ad arrogatos, & patronos, pertinet, ad *quasi Caluisianam* actionem liberos admittit, atque *clarum* etiam & COVARRUV. in eadem fuisse sententia, testatur.

§. IX.

Caluisiana actio, ad coercendum dolum liber. & propter merita patroni introducta est. Illa liberis non datur ad donationes parentum infirmandas. Ingeniis alienandi liberior facultas quam liberis.

Hi fere, quos indicauimus, colores sententiæ illorum illinuntur, qui credunt, etiam liberis subinde *quasi Caluisianam* actionem dari; sed videamus an illi abstergi possint. Mihi quidem ita sedet, *nunquam liberos*, quamuis legitimos, *illa actione experiri posse*. Enimvero prætor, quod supra comprobatum fuit, *multa singularia* admisit in *Caluisiana* actione, ad dolum seruilis ingenii in liberto coercendum: quod VLPIANVS obseruauit. l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patr.* Et habebat illud rationem, quod libertorum improbitati prætor occurrendum esse iudicaret: quandoquidem in plurimos, qui manumissione ad libertatem peruenerant, conueniebat illud, quod GREX ille aiebat apud PLAVTVM. q)

Hic is homo est, qui libertatem malitia inuenit.

Accedebat *incomparabile meritum patroni*, cuius beneficio libertus libertatem, bonum illud inter res humanas carissimum, pro quo digna referri gratia non posse videbatur, denique seipsum, & sua omnia, debebat: ut esset in-

p) FACHINEVS controu. iur. l. VI. c. 85.

q) PAVL. in epidic. act. V. sc. 2. in fine.

humanum & crudele, patronum a liberto, cuius non intererat, inofficiosa alienatione, prodi, & portione legitima fraudari.

Sed nihil tale occurrit, cum de successione liberorum in bona parentum quam magis ex ciuili, quam naturali, ratione introductam esse, supra §pho I. indicaui, in foro disputatur. *A parentibus* quidem nihil magis alienum est, quam *doli suspicio*, quam tot suis in liberos beneficiis purgarunt: l. 11. §. 1. D. *de dolo molo*: vt rectius credamus, illos, *communi voto* omnium parentum, quod supra ex PAPINIANO adduximus, pro salute liberorum vigilare, & negotium, quod liberi ausint impugnare, suæ necessitatis, & rei familiaris causa, aut ex pietatis officio potius, quam *consilio fraudationis*, contraxisse.

Imo vero vix opus est, vt queramus ambages in re luculenta. Aperte enim GAIUS, l. 2. D. *si a parent. quis manumiss.*, non vsque adeo parentem patrono exæquandum esse, ait, *utili* etiam *Fabiana* actio aut *Caluisiana* detur: quia iniquum sit, *ingenuis* hominibus *liberam alienationem*, suarum rerum non permitti.

Igitur haud dubie excluduntur liberi a *quasi Caluisiana* actione. Neque vero mouet, quod FACHINEVS ^{r)} ait, *eundem esse fauorem legitimæ*, quæ liberis, quam quæ patronis, debeat. Supra enim §pho primo comprobatum fuit, rem acerbissimam videri, si parentibus, pro tot suis in liberos immortalibus, beneficiis, hæc gratia reddatur, vt ne viuis quidem libere aliis benemerentibus beneficium præstare, aut de rebus suis vtrumque res & opportunitas tulerit, statuere seueritate inaudita, permittatur: cum contra ob causas innumerabiles summum sanctissimumque esse debeat officium liberti in patronum.

Sed præter illa, quæ diximus, obstat liberis, quod, non nisi in subsidium, & cum alia iuris remedia deficiunt, *Caluisiana* admittatur. Illud enim supra, §pho III. ex l. 1. §. 19. D. *si quid in fraud. patr.* & l. 16. §. 2. D. *de iure patronat.* est a nobis obseruatum. Sed liberis quidem aliud remedium suppetit, quo *donationes* parentum *inofficiosa* rescindantur; vt non habeant liberi, cur confugiant ad odiosum illud remedium *quasi Caluisianæ actionis*. Enimvero PHILIPPVS donationes, quibus pene vniuersæ parentum facultates profunduntur, l. 1. C. *de inoff. donat.* aut, quod VALER & GALLIEN. aiunt, l. 2. C. *eod.* quæ ex impetu *immensæ liberalitatis* proficiscuntur, item DIOCLETIANVS, liberalitatem parentum *immodicam*, *improbabili enormitate*, l. 4. §. & 6. C. *eod.* ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, a liberis subinde reuocari patiuntur. Itaque cum *directa actio Caluisiana* ad infirmandas donationes maxime sit comparata; non potest dubitari, illam ad liberos, quibus singulari remedio prospectum est,

^{r)} FACHINEVS controu. VI. c. 85.

est, aduersus donationes parentum inofficiosas, omnino non referri. Ut taceam, reuocationem donationis inofficiosæ, quæ liberis concedi solet, pinguiorem esse *Caluisiana* actione. Enimvero *Caluisiana* actione, quod §pho V. est ostensum, *liberalitas liberti in filios*, aut prouidentia paterna, *qua filiam dotauit*, non reprehenditur, aut reuocatur. Ita enim *VLPIANVS* l. 1. §. 2. & 10. D. *si quid in fraud. patr.* auctor est. Sed a liberis etiam immodicæ donationes, in alium *filium* collatae, & dos *filiae*, quibus parentum facultates exhaustæ sunt, efficaciter subinde reuocantur. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. C. de *inoffic. donat.* & l. vn C. de *inoffic. dotibus.* Ut vel hac ex causa credam, *Tulliam*, cuius §pho II. mentionem feci, pretium venditionis *inter* quinque *liberos* diuisum, *Caluisiana* actione aduersus filium venditoris instituta, non potuisse reuocare, sed ordinario potius remedio *donationis inofficiosæ*, quod liberis accommodatur, vti debuisse.

Illud non dissimulo, ordinarium illud remedium, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, *quinquennio finiri*. Hoc enim *CONTANTINVS* & *IULIANVS* l. 9. C. de *inoffic. donat.* praeceperunt. Sed *Caluisianam* quidem perpetuam videri supra ex *VLPIANO* l. 3. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* est probatum. Hoc fere induxerat *Tulliae* patronum, ut *Caluisiana* mallet experiri, cum in hoc quidem melior conditio patroni, quam liberorum, esse videatur. Sed noli existimare, actionem *perpetuam*, quæ odio fraudis a liberto fabricatæ, iure singulari, contra iuris rationem, patronis accommodata est, etiam ad liberos trahi, quorum querela potius, propter odium querelæ liberorum, contra parentum negotia, prudenter & circumspecte *quinquennio* est circumscripta.

Discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, quod, quæ de donationibus dicta sunt, eadem de *inofficiosis parentum venditionibus* accipienda sint. Si enim nuda & imaginaria venditio fuerit, cum pretium remittitur *donationis causa* a parente; secundum *VLPIANVM* atque *PAVLLVM* l. 36. & 55. D. de *contrah. emt.* ut reliquæ liberalitates immodicæ, *querela inofficiose donationis*, non *Caluisiana* actione, reuocantur. Modo appareat veram donationem inesse in venditione. Sin tantum paullo vilius res vendita fuerit, venditio valebit, & reuocandi libido, iuxta *VLPIANVM* atque *GRAT.* l. 38. D. *contrah. emt.* & l. 15. C. de *rescind. vendit.* excludetur, quod supra §. VI. copiose demonstratum. Neque enim parentibus ingenuis facultas alienandi intercepta est, neque donandi, copia penitus adempta. l. 2. D. *si a parent. quis manumiss.* & l. 38. D. de *contrah. emt.* Certe durum esset, cum ne creditores quidem, qui de *damno* solliciti sunt, bona debitoris, quæ *in fraudem* ipsorum vendita fuerunt, nisi ab *emttore fraudis conscio*, reuocari possint, l. 6. §. 8. & l. 10. §. 3. D. *quæ in fraud. credit.* contra *liberos*, qui *lucrum* captant ex parentis patrimonio, *emtores innocentes*, quod prator patrono per-

permittit, l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron. Caluisiana actione* conuenire posse. Si *minus dimidio* veri pretii pater consecutus fuerit, sed ab emtore circumscriptus, liberi ex persona parentis, remedio legis 2. C. *de rescind. vendit.* sed non *Caluisiana* actione, venditionem impugnabunt: sin consilio fraudandi liberos, immodica donatione, ultra dimidium veri pretii pater remiserit emtori; inofficiosæ donationis querela liberis dabitur arg. l. 38. D. *de contrah. emt. in fine.* Tunc enim vt §pho VI. obseruatum est, res *uno nummo*, non pretio, vendita videtur, ideoque negotium *donationis* instar habet, l. 46. D. *locat. &* l. 10. §. 2. D. *de adq. vel amitt. poss.* Cum restricta sit enormis liberalitas parentum.

§. X.

Sed grauiorem nobis difficultatem PAVLLVS l. 13 D. *si quid in fraud.* Ab arrogatis patr. obicit, qui *arrogato*, postquam sine causæ cognitione emancipatus, aut exheredatus fuerit, *quasi Caluisianam* actionem aduersus parentem *arrogatorem* dedit, si quid in fraudem *quartæ* partis alienatum fuerit, quæ ex constitutione DIVI PII arrogato filio debetur.

Imo vero, res salua est, nihil enim muto: quamuis potior omnino liberorum naturalium, propter *sanguinis* coniunctionem, quam *arrogati*, qui civili vinculo duntaxat cum parente est conglutinator, habenda esse ratio, videri possit.

Enimuero arrogati impuberes, quos pater citra causam idoneam, familia eiecit, & *emancipauit*, non secus, ac patronus a liberto circumuentus, de *perfidia* queruntur, in cuius poenam DIVVS PIVS quartam ipsis, consolationis causâ, assignauit. Igitur digni miseratione videbantur, qui, cum sui iuris essent, se & sua omnia arrogantis potestati permiserunt, sed graui iniuria affecti atque circumuenti, spe successionis excluduntur. Ideoque illa *quarta*, tanquam *æs alienum* arrogantis, iure *singulari* ad arrogatum pertinebat. Sed *naturalium liberorum* legitima portio, nihil commune habet cum quarta DIVI PII; quod supra §pho I. est a nobis comprobatum. Agnouit hoc PAPINIANVS l. 8. §. 15. D. *de inoff. testam.* qui negat arrogatum de inofficioso testamento queri posse, cum *quarta* eius, tanquam *æs alienum*, ex *Diui Pii* constitutione, peti possit. Sed ad hanc legem quidem FACHINEVS s) frigidissime respondet. Sufficit autem, quod ex illo loco summum discrimen inter *quartam arrogati*, & *legitimam* partem liberorum intercedere, intelligatur. Imo vero *arrogatis* etiam *restitutio in integrum* aduersus arrogantem datur, l. 3. §. 6. D. *de minor.* quæ *naturalibus* liberis negatur. l. 2. C. *qui & adu. quos in integ.* vt appareat, male ab arrogatis ad naturales liberos argumentum duci.

§. XI.

s) FACHIN. controu. iur. VI. 85. vid. CUIAC. ad Afran. tr. l. p. 1294.

§. XI.

Judicium de specie proposita. Contrahemus vela, cum fere in portu nauigemus. Sed superest, ut rationes subducamus. Credo enim satis ex his, quæ dicta sunt, intelligi,

Tulliae, in illa specie quam §pho. II. proposui, non dari potuisse quasi Calvisianam actionem. Primo enim Tullia ne quidem dixerat, fundum *viliori pretio* a parente venditum fuisse: neque potuisset illud affirmare, propter incertissimam æstimationem præstationum annuarum, quas pater sibi, *dum viueret*, stipulatus erat a filio emtore. Ideoque apparet, illi *non venditionem* inofficiosam, quæ *iusto pretio* facta videbatur, sed assignationem pretii, quod pater inter reliquos liberos diuiserat, fraudi quodammodo fuisse. Quia propter non possessor fundi, sed *liberi*, qui pretium acceperant, contineri debuissent.

Deinde faciamus, *venditionem* fuisse *inofficiosam*: tamen facta erat *filio*, cui etiam libertus poterat donare. l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.* Quare apparet *quasi Calvisianam* non dari potuisse ad venditionem illam reuocandam. Porro Tullia *ne pretium quidem emtori offerebat*, quod ille venditori numerasset. Sed in *Calvisiana* non solum pretium emtori restituitur, sed ipsi etiam *datur optio*, utrum iustum pretium supplere velit, an discedere ab emtione. l. 1. §. 16. D. *eod.* Præterea exemplum *arrogati*, ex l. ult. D. *si quid in fraud. patr.* frustra ad *naturales* liberos trahi videbatur, quibus aliud remedium suppetit, ut ne possint quidem Calvisiana, quæ tantum in subsidium datur, experiri. l. 1. §. 19. D. *eod.* Extremo, venditionem viliori pretio ab auo factam neptis, quæ illi succedere volebat, ipsa etiam agnoscere debebat. Hæ enim rationes Tulliae patronum ab actione repulerunt. Res clarius intelligetur, si adiiciemus quæ a præside scripta sunt, cum de illa specie pronunciaret.

Diemeil Kläger, soviel die gesuchte Rescission des Kauffs, und das Pflicht-Theil betrifft, nicht durch die Verkaufung des Hufen-Guths, so Beklagter titulo singulari, und größtentheils oneroso, an sich gebracht, dessen Vater aber inter vivos, nach seinen Gefallen veräußern können, sondern allenfalls durch die Distribution und Assignation der Kauff-Gelder, an ihrem Pflicht-Theil verkürzet worden, und also diejenigen, so davon titulo lucrativo participiret, pro rata, zu rechter Zeit belangen sollen, demnach mit der actione quasi Calvisiana, welche, als ein remedium rescissorium, ohne dies strictæ interpretationis ist, l. ult. D. *si quid in fraudem patron.* um so viel weniger sich behelffen kan, als die actio Calvisiana und Fabiana selbst darauf, daß ein Grund-Stück, so in fraudem patroni veräußert worden, von dem Käufer entweder ohne Entgeld abgetreten, oder etwas von dem bereits bezahlten Kauff-Gelde heraus gegeben werden müsse, nicht gerichtet, l. 1. §. 12. & 16. D. *si quid in fraudem patroni.*

und

und wider den Käufer, wenn das Kauff-Geld, wie in gegenwärtigem Falle, andern Personen von dem Verkäufer geschenkt worden, ordentlicher Weise nicht statt hat,

d. l. i. §. 14. & 16. D. si quid in fraudem patroni.

auf den Umstand aber, daß Beklagter dabey zur Ungebühr, und zu der Klägerin Schaden etwas lucrirt habe, oder die übrigen Geschwister nicht solvendo wären, nicht libellirt worden, ausserdem auch bey den Eltern der animus defraudandi nicht vermuthet wird, demnach Klägerin diesfalls zum Armen-Rechte nicht zu lassen, sondern mit ihrem Suchen abzuweisen; So ist, beschehener massen, billig verabschiedet worden.



XXXIX.

OBSERVATIONES

DE ORIGINE ET VIRTUTE IVRIS NON SCRIPTI.

VITEMBERGAE, AD D. . IVLII. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Mirifice falluntur architecti institutionum, quibus elementa artis nostrae comprehensa sunt, dum *ius non scriptum* cum vulgi consuetudine confundunt. Aiunt enim, *sine scripto* ius venire, quod *usus* approbavit: cum *diuturni mores*, consensu videntium comprobati, *legem* imitentur, §. 9. I. de *iure natur. gent. & civil.* Sed magis adhuc decepti sunt, cum *originem* illius iuris non scripti, & *consuetudinarii*, quod illi fingunt, ab institutis Lacedæmoniorum deriuarunt. Enimvero in nulla republica minus permissum est ciuibus, & consuetudini, quam apud Spartanos. Hi quidem certe non suo ingenio vixerunt, sed a LYCVRGO formati & instituti sunt severissimis præceptis. Imo vero, cum aliquando ab ipsis diuerteret LYCVRGVS, nunquam rediturus; iureiurando illos obligavit, ne aliquid peregrini inuenerent, aut desererent mores patrios ab ipso institutos: quod PLVTARCHVS testatur. Sed *legibus scriptis*, quae certis *tabulis* comprehenderentur, ut illos noluit; ut leges magis *memoria* civium & *traditione*, quam

V 2

vlla

a) PLVTARCH. in vita Lycurgi p. m. 47. & circa finem. CRAGIUS de republ. Lacedæmon. l. III. c. i. apud GRONOV. in thes. T. V. p. 2587 sq.

vlla re alia, sanciret. Quod vt commodius succederet, TERPANDER ANTISSEVS illas ἐμελοποίησε, modulos & numeros accommodavit legibus LYCVRGI. *b)* De quo argumento *præses*, commentatione singulari, *de primitiis legum poeticis* tractauit.

Igitur apparet, interdum *legem expressam iure non scripto* contineri, & non omne ius *non scriptum populi consensu* constare, sed interdum ab ipso legislatore constitui & proficisci. Neque enim locus esse potest dubitationi, quin & ea, quæ *voce præconis* edicuntur ab imperantibus, aut quæ *nutu, aliaue declaratione luculenta* constituuntur, quamuis litteris & verbis non expressa sint, *legis* rationem habeant, & ab auitis etiam debeant, *necessitate iuris*, custodiri. Imo vero, ipsa etiam *naturalia præcepta*, quæ scimus quam sancta sint, & æterna, & totius humani generis propria, quamuis litteris non sint perscripta, tamen sola *naturali ratione*, quam Icti appellant, id est, *rationando*, ex *factis* summi & certissimi legislatoris, maxime ex *creatione* huius vniuersi, eiusque moderamine & *conseruatione*, ab omnibus gentibus intelliguntur. Quod ius, quamuis *sine scripto* veniat, ita certum est, & luculentum, & vel sine consensu nostro, necessarium, vt, qui verba legislatoris expressa desideret, næ, ille imperantibus, qui *cogendi* facultatem habent, & *nutu* omnia administrare possunt, præscribet formulam orationis, qua ad ciues suos vti debeant: quod non est ferendum.

Itaque apparet, quid inter *ius non scriptum* & *consuetudines*, quæ consensu vrentium reguntur, discriminis intersit. Ausim enim affirmare, maximam partem *iuris ciuilis non scriptam* esse, nec tamen *consuetudine* inuentam, sed a *Ictis* duntaxat, *interpretatione* & *responsis*, introductam. Aperte POMPONIVS l. 2. §. 12. D. de orig. iur. In hac ciuitate, inquit, aut *iure*, id est *lege* constituitur, aut est *proprium ius ciuile*, quod *sine scripto*, in sola *interpretatione prudentium*, consistit.

Ex quo loco apparet, quæ in XII. Tabulis non perscripta essent, aut postea consensu populi in comitiis, solenni suffragatione non comprobata, *ius ciuile*, & *non scriptum* appellari, illudque a *solis prudentibus*: citra consensum populi, introductum. Tantum enim abest, vt *consensu vrentium*, & ciuium opus fuerit, ad *ius illud ciuile* confirmandum, vt potius, idem POMPONIVS d. l. 2. §. 35. D. de orig. iur. auctor sit, vsque ad TIBERIVM CORVNCANIVM Ictos *ius ciuile* in *latenti* retinere cogitasse, vt vix innotuerit ciuibz interpretatio prudentum. Neque eo secius ius illud *receptum*, & ius, quod *obtinuerit*, appellabatur. In quam sententiam plura RÆVARDVS *c)* disputauit.

Igitur

b) CLEM. ALEXANDR. L. I. Stromat. p. 308. & 533. *e)* RÆVARD. ad L. XII. tab. c. 16. p. 84. idem de regul. iur. p. 125.

Igitur etiam *ius ciuile*, quod *interpretatione prudentum* introductum est, merito *iuris non scripti* species habetur. Imo vero, illa *ICtorum* interpretatio *moribus* recepta esse dicitur; vt intelligatur etiam *mores* non semper consensu populi, sed *ICtorum arbitrio*, constare. Audiamus PAVLYM, qui l. 12. §. 2. D. de iudic. & l. 1. §. 2. D. ad SCtum Vellei. moribus impediri, ait, foeminas & seruos, ne iudices omnino dari possint: non quia non habeant iudicium, sed quia *receptum* sit, vt ciuilibus officiis non fungantur. Sed, ne credas, consensu ciuium obtinuisse, vt foeminæ iudiciis & virilibus officiis excluderentur. Constat, iudices non a ciuibus, sed a magistratibus duntaxat, datos esse: constat etiam, *receptum* dici, non, quod populus probauerit, sed, quod a *prudentibus*, *disputatione fori*, fuerit definitum. Huc & pertinet illud VLPIANI, qui l. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. moribus receptum esse, ait, ne donationes inter virum & vxorem admittantur. Nemo enim dubitabit, hoc non a populo, sed a *prudentibus*, profectum esse. Igitur ne *mores* quidem populo, sed plerique *ICtis*, & *prudentibus*, debentur. Elegantissime QVINCTILIANVS, quod ab ALCIATO obseruatum est, d) rem expressit. „Constituendum est, inquit, quid *consuetudinem* vocemus. Quæ si ab eo, quod *plures* faciunt, non accipiat, periculosissimum dabit præceptum, non orationi modo, sed, quod magis est, vitæ. Vnde enim tantum boni, vt pluribus, quæ recta sint, placeant? Nam, vt taceam, quemadmodum vulgo imperiti loquantur; tota sæpe theatra & omnem circi turbam, exclamasse *barbare*, scimus. Ergo, *consuetudinem sermonis* vocabo, *consensum eruditorum*, sicut *viuendi*, *consensum bonorum*.”

Ex quibus verbis intelligitur, maxime in illis rebus publicis, vbi summa rei publicæ ad paucos, aut etiam ad vnum peruenit, ius receptum, & mores, non semper ex consensu populi, sed potentiorum, & in republica Romana, postquam iudicibus a sententiis *ICtorum* recedere non permissum, a *ICtis* maxime profectos esse.

Hoc est, quod CALLISTRATVS l. 38. D. de legibus rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere ait, vt ostendat, *ICtorum* maxime consensum in constituendis moribus desiderari.

Sed ita quidem de *moribus* habendum. Paulo aliter de illa iuris particula, quam *bonos mores* appellamus. Caue enim, *bonos mores*, cum consuetudine, & *moribus*, confundas. Hi enim, vt omne ius consuetudine inuectum, circa res nulla lege definitas & *indifferentes*, quod philosophi aiunt, inprimis occupantur, vt, quæ ita obtinuerint, etiam aliter constituta esse possent: hinc sæpe *incerti* sunt, & per tempora *mutantur*, & patiuntur vices suas. Contra, *boni mores*, ab ipsa voce *naturæ* excitati & constituti sunt

V 3

d) ALCIAT. ad tit. ff. de lib. & posthum. Op. T. I. p. 640. n. 41.

sunt, & ipsam æquitatem, atque omnia, quæ *naturaliter honesta* sunt, fere comprehendunt. Hinc *boni mores*, omnibus gentibus legem faciunt, & perpetui sunt, & negligi aut contemni temere non possunt; ut, generaliter, quod PAPINIANVS ait, l. 15. D. de condit. institut. quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse, credendum videatur.

§. II.

Quadam le-
ges a priua-
tis sanciu-
tur. Odium
iuris incerti.
Consuetudo
non tacito
consensu
principis,
sed expresso,
at generali,
niritur.

Vides, ius non scriptum, quandoque a *naturali ratione*, interdum etiam a iureconsultis, inuectum esse: ne iure incerto in republica utamur. Sed, si aliquando defecerit *Icitorum* diligentia, & nihil obtinuerit, etiam consensu populi consuetudo introducitur; maxime in familiaribus negotiis, & quæ pertinent ad domesticas cuiusque rationes. Ita enim IVLIANVS l. 32. D. de legibus præcipit ut, de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oporteat, quod moribus, & consuetudine inductum est: & si qua in re hoc deficiat, tunc, quod proximum & consequens est, arripiamus: & si nec id quidem appareat, tunc ius, quo vrbs Roma vitur, seruemus.

Ex quo loco intelligitur, quam sollicitè indagandi sint iuris fontes, ex quibus *regula* quædam viuendi, & decidendæ causæ, peti possit. Recte enim obseruauit, ARISTOTELES hominem esse ζῷον φύσει πολιτικόν, animal natura comparatum ad quærendas quasdam regulas viuendi, quibus in communi societate plurium utatur. Aut omnia me fallunt, aut nihil homini, quamuis natura cupido & studiosissimo suæ libertatis, nihil inquam homini sano & erecto magis molestum est, quam versari in tenebris, & sine luce, id est, sine certis principiis, quæ philosophi appellant, aut sine *regula* vagari, in negotiis suscipiendis. Cui non iucundum est, scire, in quam viam tuto possit ingredi, ne sublabatur? Quæ est illa libertas, quæ coniuncta sit cum metu lapsus & offensionis & cum periculo, ne incidamus in difficultates, ex quibus nos deinde extricare non possimus. Hanc nemo, præter infantes & dementes, facile exoptet. Sed non solum nobis iucundum est, scire, quid periculo careat, sed illud etiam iucundius, si etiam de aliis confidere possimus, atque præuidere, quid nobis præstare teneantur, & quid ab illis, propter necessitatem iuris possimus expectare. Qua re euenit, ut iuris incerti odio, multa, quæ alias nos inuitos non tenerent, tamen recepta sint, & vim legis dicantur obtinere.

Sed illud tamen inter *liberos & seruos* interest, ut, cum hi quidem in omnibus, etiam *indifferentibus*, negotiis, de quibus nihil lege definitum, potestati domini subiiciantur; contra ciues liberi, in his, quæ iuris regulam desi-

desiderant, sed *iure scripto* non sunt certis finibus inclusa, ipsi inter se *ius*
sibi quoddam constituent, quo in causis dubiis utantur.

Certe *privatis* etiam permissum, de quibusdam rebus suis, inter se legem constituere, ut sciant, quo iure in posterum utantur. Non tractabo illud famosum oraculum antiqui iuris, quo constitutum est, ut, pater familias uti super pecunia sua *legasset*, id est, *legem dixerit, ita ius esset*; id est, ut ultima voluntas eius, qui nullius iuri subiectus esset, legis instar atque vim haberet. Sed illud attinet monere, quod *ULPIANVS* l. 52. D. *de verb. oblig.* observat, in conventionalibus stipulationibus contractui *legem* a contrahentibus dari posse, cum contra prætoriae stipulationes legem accipiant ex animo prætoris: ut appareat, quædam, quæ etiam a privatis constituta sint, *vim legis* obtinere inter partes. Eo pertinet, quod *PAVLVS* l. 33. D. *de servit. præd. urb.* illam conventionem, qua servitutes ædium vicinarum descriptæ sunt, *legem ædium* appellat: & generaliter, quod *legem* venditionis, locationis, traditionis, appellamus, quidquid partibus placuit, cum res traderetur, aut venditio, & locatio, contraheretur. Sic *legem Commissoriam*, quæ in venditionibus adiicitur, dicimus, si, quod *POMPONIUS* ait, l. 2. D. *de lege commissoria*, venditor fundi, in *lege*, id est, in conventionione, cauerit, ut, si ad diem pecunia non soluta sit, fundus sit inemptus.

Sed hæc voluntas priuatorum iustior est in *consuetudine*, & *consensu* omnium, qui efficit, vt, quæ *diuturnis* moribus recepta, & *crebro* a pluribus *similiter* facta sint, in posterum etiam inuitos teneant; ne iure incerto in republica viamur. Enimuero non solum magna vis est *consuetudinis*, vt morem, cui semel animum ciues accommodauerint, deferere, atque in aliam viam discedere sine magno suo incommodo vix possint; sed durum etiam, & cum periculo coniunctum esset, si homines simplices maxime, qui sensibus reguntur, & quæ ab aliis facta sunt, memoria retinent, & imitantur, si simplices, inquam, homines *consuetudini* confidere, & certam spem concipere non possent, fore, vt, quæ adhuc diu, similiter, & a pluribus facta sint, etiam in posterum seruentur. Nihil certum aut securum esset, si mores ciuitatis in horas mutarentur. Habent omnino ciues, cur negotia, & familiaris rei rationes ad illa componant, quæ *plerumque fieri* obseruauerunt, si *iure scripto* nihil definitum. Quæ enim hominibus plebeiis ad spem magis opportuna sunt, quam quæ sæpe, etiam a *sapientibus*, fieri viderunt?

Hæc æquitas omnem, quæ non sit improba, aut legibus aduersa, consuetudinem commendat. Sed quæ de *consensu principis tacito* dicuntur, mihi non videntur expedita. Quis enim credat, tot mores ciuium dissonos, & in pagis fere singulis diuersos, *principi innotescere*, aut de illis, per spe-

culatores quosdam, *ad principem referri?* Pleræque consuetudines, bona omnium cum venia, sine pompa & apparatu, in rempublicam irrepunt, quas princeps ne diuinando quidem facile assequeretur; tantum abest, ut principem *scire* omnes populi *consuetudines* credamus. Sed si illum *scire* mores ciuium non existimare possumus, quis principis *silentium*, & *patientiam*, pro consensu tacito haberet. Imo vero, eius, qui nos cogere, & obsequium nostrum expectare possit, eius, inquam, *scientia* & *patientia* non temere accipitur pro tacito consensu. Differuntur interdum poenae, & indignationis significatio, ut *tarditas* deinde *pensetur grauitate*. Igitur nolim in definienda virtute *consuetudinis*, recurrere ad *TACITVM* principis *consensum*. Imo vero sufficit illa, quam supra audiuius, vox naturæ atque æquiritatis, quauis consuetudinis defenditur. Præterea in plerisque prouinciis, & apud *Germanos* maxime, qui semper bonis moribus, si *TACITVM* audias, ^{e)} pro lege vsi sunt, *generaliter* & *expresse* principes auctoritatem illam consuetudini legitimæ & præscriptæ, largiti sunt, *ut legem imitetur*; adeoque non opus est *illo tacito consensu*.

§. III.

Differt consuetudo a re ipsa naturali ratione, ius facere interdum, in rebus indifferentibus; si consuetudo. Adstet, animo regulam constituendi aliquid a ciuibus introductum esse. Hoc illam requiritur animus regulam constituendi. Res consuetudo aliquando mitius punitur, interdum etiam grauius.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, *consensum utentium* ipsa naturali ratione, ius facere interdum, in rebus indifferentibus; si consuetudo. Adstet, animo regulam constituendi aliquid a ciuibus introductum esse. Hoc illam requiritur animus regulam constituendi. Res consuetudo aliquando mitius punitur, interdum etiam grauius. *turnos*, ut de *consensu* populi constare possit, denique actus perpetuo similiter administratos, id est *uniformes*, desiderant, ut *animus constituendi regulam* intelligatur. Sed hæc copiose disputata sunt ab aliis, quos exscribere non vacat. Placet aliqua duntaxat, quasi per saturam, quod dicebant veteres, monere. Illud enim refert obseruare, quod, si quid illorum, quæ iam commemorata sunt, deficiat, non *consuetudo*, sed *res consuetudo*, enasci videatur. Sed hæc quidem, quamuis *legem* non faciat, tamen non prorsus negligenda est, in disceptatione causæ controuersæ. Primum enim videamus, si non de re *indifferenti*, quæ materia est consuetudinis, sed de re iniusta, & iuri scripto aduersa, aliquid *consensu utentium* sit introductum. Enimvero, non eget disputatione, quæ *contra legem* a ciuibus, necessitate obsequii obstrictis, administrata sint, *vim iuris* non habere, nisi euidentissimis probationibus, *consensus principis*, qui laxauerit vinculum obligationis & remiserit priorem obligationem, doceatur. Hoc animo subinde nostri etiam *ICti* desiderant, ut *contradicto* inprimis iudicio firmati sint mores illi, qui *contra legem* irreperunt. Hoc enim *VLPIANO* etiam placuit, l. 34. *D. de legibus*. Certe, quæ *contra legem prohibitivam* suscepta sunt, ob-

^{e)} *TACIT.* de moribus Germ. c. 18.

tentu consuetudinis, propter frequentiam delicti, impunitatem non merentur. Quod & CONSTANTINVS obseruauit. l. 2. C. *quæ sit long. consuet.* Falluntur enim aduocati, qui in excusandis delictis clientium, ad consuetudinem, aut desuetudinem etiam subinde, confugiunt, spe poenæ euitandæ. Hæc enim si *certa & definita* fuerit, propter consuetudinem peccandi, a iudice non temperatur. Frequentissime illud accidit, in exigenda multa XX. Ioachimicorum, quæ *ordin. polit. Sax. elect. de A. 1612.* in illos constituta est, qui ultra tempus lege definitum in popinis & computationibus versantur. Huius enim legis sanctio, quamuis passim a multis negligatur, tamen semper loquitur: vt ICti reum, qui eius rei accusatus fuerit, quotidie poena definita condemnent, nec locum veniæ relinquant, nisi a principe illa impetretur: quod *praeses* mihi indicauit.

Ceterum, in poenis *arbitrariis* constituendis, aliquando magis fere illis parcitur, qui non sine exemplo, sed ex consuetudine multorum, peccauerunt; si ex negligentia iudicis, qui delicti poenam aliquoties non exegit, iudicari possit: reos *ignorantia*, aut spe erronea impunitatis, deceptos deliquisse. Non enim *dolo* tam insigni peccauit, qui *imitatione* reliquorum seductus est ad delinquendum. Sed tunc temperamentum poenæ admitti posse VLPIANVS præcipit. l. 5. §. 7. D. *de poenis.* Mitigamus igitur poenam aliquando, si quis seductus *consuetudine*, peccauit. Sed *impunitas* frustra speratur consuetudinis obtentu. Multo minus, *ius* facit frequentia delicti. Eo pertinet, quod mercatores *in cambiali negotio*, & mutui datione, plerumque de ipsa sorte, iniustissima *anticipatione*, *deducunt vsuras*, & quod reliquum est, duntaxat numerant; sed cambio totam sortem, quamuis non *integra* numerata sit, plerumque comprehendunt, & annis sequentibus, quasi ex tota sorte, exigunt vsuras. Quod quamquam ipsis familiare & vsu frequentatum est, tamen vitio non caret; vt in reconuentione repeti possit, quod ita iniuste sit exactum. *Præses* mihi retulit, haud ita pridem a *curia prouinc. Vitemberg.* iudicatum esse, vt lucrum illud restituatur debitori:

Daß denenjenigen Wechsel-Gläubigern, welche die Zinsen vorausgenommen, und inne behalten, dasjenige, was sie auf solche Masse zur Ungebühr erhalten, von denen Capitalien abzuziehen, und die Zinsen nur von dem Rückstand, nach gehöriger Ausrechnung, von Jahren zu Jahren anzusetzen,

Quæ sententia etiam a *supremo senatu prouocationum* confirmata est.

Sed *temperatur* tamen poena facti illiciti, quod quis non *dolo*, sed *imitatione* aliorum, & consuetudine adductus, admisisse videatur. Imo vero aliquando qui *consuetudine* peccandi a pluribus recepta, malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia, peccasse videatur, seuerius punitur: vt reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam

generaliter, *poena arbitraria*, tunc demum, propter consuetudinis excusationem, mitigatur, si appareat, non tam, *dolo*, quam ignorantia, peccatum esse.

Hæc igitur quidem *consueta* sunt, sed vim consuetudinis & legis nunquam obtinent, atque opponuntur *insolitis*, quæ *raro*, & *sine exemplo*, admittuntur. In his quidem *dolus insignis*, & inauditus, proditur. Ideoque tantum abest, ut veniam mereri possint, ut potius *gravius* animaduerendum sit, si nouo exemplo improbitatis delinquatur. Neque enim ibi consistunt exempla, quod VELLEIUS *f*) ait, unde coeperunt; sed, quamlibet in tenuem recepta tramitem, latissimam euagandi viam sibi faciunt. Igitur in his fere locus *privilegio odioso* relinquitur; ut sine exemplo puniantur, qui sine exemplo peccauerunt: uti *Hadrianus* *Vmbriam* matronam, quod, sine exemplo, ex leuissimis causis, ancillas suas atrocissime tractasset, in quinquennium relegauit l. 2. f. D. de his, qui sui vel alien. iur.

Ita quidem de *delinquendi consuetudine* habendum. Sed sunt & alia *consueta*, quæ quamuis *licite* suscipiantur, tamen vim legis non obtinent, & *iuris necessitate*, neminem obstringunt. Sed hæc quidem *res merae facultatis* appellantur. Quoties enim, quod supra dictum est, *non animo, constituendi regulam*, aliquid inualuit, quamuis a multis frequentatum sit, vim consuetudinis & legis non habebit. Eo pertinent, quæ vel *non diu* satis, vel *non ab omnibus*, sed a multis duntaxat, neque *perpetuo similiter*, obseruata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quæ a plurimis facta sunt, prorsus negligimus in iudicando. Solent enim, quæ *plerumque fiunt*, quamuis non expressa sint, in dubio, *præsumi*; nisi appareat, *diuersum* placuisse. Ita POMPONIVS tradidit, l. 3. D. de reb. cred. si certum petat.

§. IV.

Consuetudines singulorum.

Multum igitur consensui vtentium tribuunt praecepta artis nostrae; sed tanto minus *consuetudini singulorum*, quæ aliis necessitatem legis non imponit. Sed in his quidem quemuis patimur suo sensu abundare. IULIANVS tamen, ius, quo vrbs Roma vitur, aut, si qua alia est *vrbs urbium*, si nihil aliud appareat, etiam ab aliis seruandum esse, ait. l. 32. D. de legibus.

Sed *privatorum* quidem *singulorum consuetudines* necessitatem imitationis nemini imponunt. Dolum tamen excusat illa consuetudo, si quis non animo nocendi, sed *ex sua consuetudine*, quamuis minus recta, aliquid fecisse arguatur. Tunc enim magis culpa, quam dolo, videbitur peccasse. *Præses* mihi indicauit, nuper ordine *ICTorum Vitembergensium* eiusmodi speciem oblatam mercator aliquis usurpabat sæpius, in consuetudine loquendi, quædam vocabula diminutiva & ludicra, quæ aliquid iniuriæ omnino continebant, aduersus plerosque, quasi per iocum, quamuis cum illis nunquam

f) VELLEI. Paterc. II. c. 39.

quam familiariter vixisset. Sed aliquando inciderat in virginem honestam, quæ indignius ferebat rusticitatem importuni mercatoris. Hæc rem ad iudicem detulerat, & sibi satisfieri petebat. Reus per testes comprobabat, se sæpius, animo innocenti, verbis illis, quasi *blanditiis*, usum esse: & *notam* esse hanc ipsius *consuetudinem*. Igitur placuit, illum iniuriarum non tene-ri: cum *VLP IANVS* doceat, neminem facere iniuriam, nisi *sciat*, se iniuriam facere, cum contra, quæ *per iocum*, quamuis illiberalem facta sint, non videantur per iniuriam facta esse. l. 3. §. 2. & 3. D. *de iniur.* Sed *culpa* reus non vacabat. Igitur responsum, a iudice graui illum increpatione coercendum esse, & expensas ab ipso exigendas.

§. V.

Ne brutorum quidem *consuetudines* iurisprudentia neglexit. Illæ qui-
dem ius *brutis* non faciunt, quæ *naturam*, id est, voluntatem creatoris, *Ex consue-*
per instinctus naturales ipsis proditam, quam *IUSTINIANVS* non male *tudine ani-*
ius naturæ omnium animantium appellat, sequi debent. Igitur si brutum *coniectura*
prauam consuetudinem contraxit, vt, si bos cornu petere *solitus*, aliquem *dominii peti-*
petierit, aut equus *calcitrosus*, calce percusserit, deliquisse videbitur; vt
dominus de *pauperie* subinde teneatur. l. 1. §. 4. D. *si quadrup. pauper.*
fecisse.

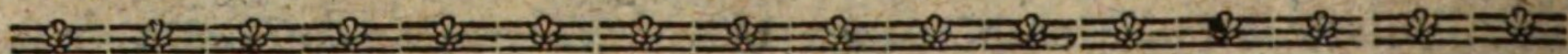
Sed ex *consuetudine* animantium tamen *animus* ipsorum colligitur, &
coniectura capitur de domino, cuius potestati fuerint subiecta. *POMPO-*
NIVS enim l. 37. D. *de furt.* & l. 8. §. 1. D. *fam. hercisc.* itemque *IUSTI-*
NIANVS §. 15. l. *de rer. diu.* pauones, & feras bestias, quæ ex *consuetudi-*
ne in sylvas *ire* & *redire* soleant, tamdiu *nostras* esse aiunt, donec *animum*
reuertendi habeant, quem tunc videntur desinere habere, cum *reuertendi*
consuetudinem deseruerint. Talis erat ille ceruus Latinorum, g)

— — — forma præstanti & cornibus ingens,
Tyr rhidæ pueri, quem matris ab ubere raptum
Nutribant, Tyr rhusque pater: cui regia parant
Armenta, & late custodia credita campi.
Assuetum imperiis soror omni Syluia cura
Mollibus intexens seruabat cornua fertis,
Pectebatque ferum, puroque in fonte lauabat.
Ille manum patiens, mensæque assuetus herili,
Errabat syluis, rursusque ad limina nota
Ipse domum, sera quamuis se nocte, ferebat.

Sed hunc Ascanius cum iaculo occidisset, iustam indignationem latinorum
prouocauit, nisi, quod ignorantia excusatione vti potuisse videretur.

Nuper quidem ex equi *consuetudine* dominium, artificialiter, quod
aiunt *ICTi*, probatum esse, *præses* mihi retulit. Equus furto substractus erat,

& a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iurando affirmare detrectabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam & obseruari, quid contingat: quod facile impetrauit a iudice. Equus cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit: intromissus stabula nota quæsiuit; quæ cum ab aliis equis occupata essent, non quieuit, donec viam sibi faceret ad præsepia, atque adeuntem locum, in quo olim consistere solitus fuerat: ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.



XL.

OBSERVATIONES

DE SERMONE MARITALI
CUM VXORE

TESTAMENTI FACIENDI CAUSSA.

AD L. III. D. SI QVIS ALIQVEM TESTARI PROHIB.

VITEMBERGAE, AD D. . IVL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

*Concordia
coniugum
affectio ma-
riti, animus
vxo-
ris.*

Cum omnes reipublicæ articuli & ordines nulla re magis, quam *mutua benevolentia* conglutinentur; publice interest, *societatem coniugum* imprimis, genitricem illam, altricemque ciuitatis, tanto arctiori vinculo adstringi, atque contineri, quanto certius, si illa solutior fuerit, ipsa compages ciuitatis percutitur, & perturbatur. Hinc inter laudes defunctorum, quæ posteritatis iudicium mereri possint, lapides litterati apud GRVTERVM ^{a)} non semel *concordiam coniugum* commendant ut intelligatur, vel propter hanc solam virtutem dignos videri coniuges, ut memoria ipsorum consecratur. Hinc VALER. & GALLIENVS conditionem illam institutioni heredis adiectam, inutilem esse aiunt, & bonis moribus aduersam, quæ *concordia coniugum* perturbetur, & vxor diuertere a marito iubeatur l. 5. C. de instit. & substit.

Sed *concordia* illa coniugum imprimis *affectione* mariti, & *animo* vxoris continetur. VLPIANVS enim l. 5. §. 1. D. de bon. damnat. *affectio-*
nem,

^{a)} GRVTER. inscript. T. I. fol. 521. n. 7.

nem & animum distinguit, & vxore etiam deportata, tamen *virum affectionem* mariti, *mulierem* contra *animum* vxoris retinere posse, ait. Quibus verbis ne quis *ICtum* fortuito & temere vsum esse credat; attinet monere, *ICtos* veteres plerumque cum de mariti beneuolentia tractauerunt, *affectionem* mariti appellasse. Imo vero ALEXANDER, etiam *rebus* vxoris *affectionem* deberi a marito obseruauit, l. 2. C. *qui dare tut. vel cur.*

Contra, viri affectioni, in maritali concordia, vxoris *animus* respondet. d. l. 5. §. 1. D. de *bon. damnat.* qua voce omnem calorem, omne studium vxoris comprehendimus. Ita mariti apud LIVIVM ^{b)} post raptum Sabinarum, suas quisque vxores demulcebant, & obtestabantur: vt, quibus fors corpora dedisset, illis *animos* darent. Neque alia mente HORATIVS FLACCVS, ^{c)} cum Lydiam placare veller, illam recantatis opprobriis *amicam* fieri, *animumque reddere*, rogabat. Ita etiam STALINVS ille, apud PLAVTVM, ^{d)} cum vxorem obiurgaret, ipsam domare *animum*, illumque marito *dare*, & quod vir fieri velit, potius facere, quam ipsi aduersari, & controuersias alere, iubebat.

§. II.

Sed debuit quidem illa coniugum *concordia* non *venalis* esse, & in *Ius ciuile* feruilem modum, mercenaria, sed *affectione* mariti, & *animo* vxoris, id *fauet testa-* est mutuis studiis, & communi beneuolentia, gigni atque conseruari. Ideo *menti coniu-* que ANTONINVS imp. l. 3. pr. D. de *donat. inter vir. & vx.* donationes *gum. Sæpius* coniugum infirmatas esse, ait, quia honestus amor solis *animis* æstimandus *uxores a* fit, & famae etiam coniunctorum consulendum fuerit, ne *concordia pre-* quam *mariti* *ab vxori-* *bus scripti* *des in re-* *publica Ro-* *mana.* *tio conciliari* videatur.

Enim vero, cum nulla re magis animi hominum, quam *spe commo-* *di* cuiusdam, etiam in amoribus, regantur; aut, certe apud neminem di- *sunt here-* gnus collocentur beneficia, quam apud illos, qui amore & officiis illa me- *des in re-* reantur; lucri opportunitas coniugibus quoque non inuidenda esse visa est, si *publica Ro-* honestis artibus praemium coniugalitatis fidei & bonitatis alter ab altero quæ- *mana.* rerent, & impetrarent. Illud vnum duntaxat excipit ANTONINVS, ne coniuges se spolient fortunis, & deterior forte meliorem, profusa facilitate deceptum, opibus emungat, & pauperiorem faciat l. 3. pr. D. de *donat. inter vir. & vx.*

Huius vero rei nullum erat periculum, si conux, ex testamento coniugis, *hereditatem* lucraretur. Igitur non solum admissa, sed etiam collaudata sunt, *testamenta coniugum*, in quibus coniux heres scriberetur. ALCIATVS ^{e)} constitutionem THEODOSII adducit, qua mirifice probatur

X 3

^{b)} LIV. lib. I. cap. IX.
act. XI. sc. III. v. 34.

^{c)} HORAT. I. od. XVI. v. 27.

^{d)} PLAVTUS Casin.

^{e)} ALCIAT. parerg. lib. II. cap. 31.

tur *pietas coniugum*, Leontii & Jucundae, qui in iisdem tabulis ambo testamentum condiderant, & alter alterum scripserant heredem. Neque enim facile coniux alium, digniorem coniuge, heredem scribet. Enimuero societas illa & consortium omnis vitae, quod *MODESTINVS* laudat l. i. D. *de ritu. nupt.* coniugem quodammodo dominum facit omnis patrimonii, quod ad alterum coniugem pertinet: ut, si *NERVAM* audiamus l. i. D. *de act. rer. auotar.* ne furtum quidem inter coniuges, tanquam condominos suarum rerum, fieri omnino posse videatur. Praeterea, una domus, commixta familia, quod *VLPIANVS* ait, l. i. §. 15. D. *ad SCt. Silan.* vix permittit, ut separatis rationibus utantur. Tot inter illos officia permutantur, tot molestiae communicantur, ut par gratia nequeat referri. Sed inprimis uxores quam gratiam referent maritis? Quorum in umbra & tutela sunt, quorum sudoribus aluntur, quorum beneficio & dignitati, ipsae suam dignitatem, & locum in ciuitate, amicitias, familiam probe ordinatam, omnes delicias humanae vitae, sua omnia, inprimis debent. Igitur quae inuidia est, quo minus illud, quantillum sit, bonorum, quod ad ipsas pertinet, cum e vita emigrabunt, illis potius relinquunt, quorum tot sunt beneficiis ornatae, & quibus proximus post parentes, & aliquanto etiam potior, locus dari debet: ut iustiora propemodum vxorum, quam mariti, testamenta videantur, quibus hereditas coniugi superstiti relinquitur.

Sed utraque profecto *pia* sunt, & merito *fauore singulari* defenduntur. Illud tamen subit mirari, cur apud Romanos rarius mariti ab vxoribus, quam uxores a maritis, scripti sint heredes. Trecentae in digestis occurrunt species, in quibus mariti, quae sexus nostri facilitas est, & bonitas, hereditatem vxori dicuntur reliquisse testamento. Et apud *GRVTERVM* *f)* in marmore, Aurelia Valeria, quasi inter titulos honoris, se carissimo *coniugi heredem* esse, proficitur. Imo vero *AGRICOLA* etiam inter summa pericula, & durissimas necessitates, cum Domitianum heredem scribere omnino cogeretur, tamen *optimam vxorem* principi coheredem dedit, ut pietatis officio defungeretur. *g)* Illa est maritorum pietas, in optimas uxores. Contra, vix semel atque iterum, veteres magistri artis nostrae uxores commemorant, quae maritis hereditatem reliquerunt. *AFRICANVS* l. 33. D. *solut. matrim.* tractat eiusmodi testamentum, ex quo maritus damnosam hereditatem vxoris adiit, ut in multas incideret difficultates, & magis oneratus videretur vxoris testamento. Certe, in omnibus fere illis speciebus, quae occurrunt, non nisi *sub conditione*, aliquanto duriori, ab vxoribus heredes scripti sunt mariti, quod *LABEO* l. 20. D. *de condit. instit.* & *PHILIPPVS* l. 7. C. *de hered. instit.* & plerique alii, testantur.

Sed

f) *GRVTER* inscript. tom. I. pag. § 21. n. 7.*g)* *TACIT.* vita Agric. cap XLIII.

Sed hæc vtcunque fuerint, pium certe est vtriusque coniugis studium, quo hereditas *coniugi superstiti* defertur. Ideoque merito fauet ius ciuile coniugum supremæ voluntati, ne subtilitate iuris iustissimum iudicium interuertatur: qua de caussa quaedam *singularia* recepta sunt, vt *coniugum* testamenta defendantur; & plenior illis interpretatio accommodata est, *fauore* pietatis. Extat eiusmodi species apud IULIANVM l. 13. *de lib. & posthum.* in qua testamentum mariti, humanitate suggerente, liberalius interpretatus est, quam iuris subtilis ratio permittit. Scripserat aliquis testamentum, vt, si filius sibi natus esset, ille ex besse, sin filia, illa ex triente, sed ex reliqua parte vxor heres esset. Apparebat, testatorem de alterutro tantum casu, non de vtroque, cogitasse, id est, filium duntaxat, vel filiam, sperasse. Sed testatori postea & filius & filia nati erant. Igitur, *subtili iure*, ruptum erat testamentum; cum præter spem testatoris duo liberi ipsi nati essent, adeoque propter agnationem sui heredis, de quo antea non cogitatum erat, infirmatum esse testamentum videretur. Sed IULIANVS ait, vxorem nihilominus cum vtroque liberorum ita admittendam esse, vt filius altero amplius haberet, quam vxor, filia minus altero tanto quam vxor ipsa vero partem reliquam hereditatis occuparet, vt pietas mariti exitum haberet.

Itaque *benignius* accipimus pietatem coniugum in testamentis. Huc & illud pertinet, quod *vxorem quocunque*, quamuis minus apto nomine appellatam, in testamento, tamen recte heredem scriptam esse iudicemus, modo intelligatur, coniugem heredem esse ex testatoris voluntate. GORDIANVS enim l. 5. C. *de hered. instit.* ait, vxorem heredem esse, quamuis in testamento *affinis* appellata esset. Igitur sufficit vxorem heredem institutam, quamuis non recte *affinis* nominata sit; cum alioquin, si quis illum quasi cognatum, vel affinem, instituat heredem, qui non sit cognatus vel affinis, facile nascatur suspicio erroris, & testamentum subinde infirmetur l. 4. & 7. C. *de hered. instit.*

Igitur, *coniugum gratia*, obtinuit, vt quocunque nomine heredes vtiliter instituantur. A quo non est alienum, quod & *iisdem tabulis*, coniuges, vt supra obseruatum est, recte condant testamentum. Quamuis alias non admittatur captatoria institutio heredis, & possit esse suspicio, ne tacita conditio, hereditatis ab altero coniuge lucranda, lateat, in mutua heredis institutione, quae iisdem tabulis sit comprehensa.

Sed cum iustissimæ sint coniugum affectiones, &, quod PAPINIANS ait, illa non sit captatoria institutio, quae mutuis affectionibus, prouocata est, l. 70. D. *de hered. instit.* facilius creduntur coniuges amore coniugali, quam cupiditate lucri, coniugi superstiti hereditatem reliquisse. Ex eodem fonte deriuatur, quod, quamuis liberrimum esse debeat supremum iudicium, tamen *maritalis sermo*, quo vxor ad testandum prouocata est, non

non sit impedimento, quo minus valeat vxoris testamentum. Audiamus enim PAPINIANVM, qui, l. 3. D. *si quis aliquem test. prohib.* Virum, ait, qui non per vim, nec per dolum, quo minus vxor mutata voluntate contra eum codicillos faceret, intercesserat, sed, *ut fieri assolet, maritali sermone* offensam ægræ mulieris placauerat, in crimen non incidisse, neque hereditatem ipsi auferendam esse. Idem & DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuit, qui l. 3. C. *si quis aliquem test. prohib.* rescripserunt, non esse criminofum, *maritali sermone* iudicium vxoris supremum in se prouocare. Sed quis sit ille maritalis sermo, operæ pretium est, ut diligentius tractemus.

§. III.

Sermo maritalis de utroque coniuge dicitur. Blanditias inprimis notat. Aliquando etiam iurgium.

Nunquam facilius decipiuntur aduocati, quam vbi vel *testamenta coniugum*, quasi per *importunas sollicitationes*, aut metum, extorta, impugnare audent, vel vltimas illorum voluntates, quasi blanditiis & sermone maritali prouocatas, tanquam iustas & liberas, defendunt. Subtile enim discrimen est, quo *sermo maritalis* & blanditiæ, ab *importuna sollicitatione* & minis, seiunguntur. Nuper aliquis causam dicebat pro marito, qui *fustibus* vxorem adegerat ad hereditatem relinquendam. Et parum aberat aduocatus, quin *fustium* etiam *admonitionem*, quam CALLISTRATVS appellat l. 7. D. *de poenis*, crederet, *sermone maritali* contineri: de quo deinde locus erit disputandi. Sed DIOCLETIANVS quidem l. 3. C. *si quis aliq. test. prohib.* permittit marito, ut iudicium supremum vxoris *prouocet sermone maritali*: PAPINIANVS etiam l. 3. D. *eod.* patitur maritum *placare offensam vxoris sermone maritali*, & intercedere, ne marito adimat, quod ipsi testamento antea relictum erat, vel, facilis codicillis, diminuat hereditatem. Vix potest locus esse dubitationi, quin vterque *blanditias* inprimis intelligant, quibus prouocetur mulieris iudicium, & offensam ægræ mulieris placetur. Has enim LIVIVS ^{h)} maxime efficaces ad muliebrem ingenium preces esse, arbitratur. Nemo autem probabit illud rusticum NASONIS ⁱ⁾ qui lites & asperitatem coniugibus credit conuenire. Sed ille quidem:

*Lite fugent nuptæque viros, nuptasque mariti,
Inque vicem credant res sibi semper agi.
Hoc decet vxores: dos est vxoria, lites.*

Rectius Romani, qui Sabinas rapuerant, blanditiis indignationem vxorum mollebant, & cupiditate atque amore, factum, quod admiserant, purgabant. ^{k)} Imo vero rectius idem NASO alio loco ^{l)} agnoscit, *laudes* & præconia muliebri ingenium efficacius mouere:

N. c.

^{h)} LIV. l. I. cap. IX. in fine.
cap. IX. f.

ⁱ⁾ OVID. de A. am. II. v. 153.
^{l)} OVID. de A. am. I. 623.

^{k)} LIV. lib. I.

Nec faciem, nec te pigeat laudare capillos,
Et teretes digitos, exiguumque pedem.
Delectant etiam castas præconia formæ.

Certe facilius apud probas laudatione proficimus, quam iurgio & rixa. Hoc CATULLO in mentem veniebat, cum reflagitaret pugillares ab amica, Ille enim primo rustice & incontinententer. *n)*

— — o lutum, lupanar,
Aut, si perditius potest quid esse,
Moecha putida, redde (scribe) codicillos,
Scribe, putida moecha, codicillos.

Tandem vero mutato consilio, & recantatis opprobriis:

Sed nil proficimus, nihil mouetur,
Mutanda est ratio, modusque nobis:
Pudica, & proba, scribe codicillos.

Desiderat igitur blanditias PAPINIANVS, sed tales, quibus, *ut fieri assolet*, offensa mulieris placari possit, id est, non lasciuas illas atque iuueniles, sed *consuetas* in coniugio, & quæ amorem ingenuum, & deliberatum, spirare videantur. Hoc enim etiam OVIDIVS *n)* præcipit:

Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:
Blanda tamen.

Quandoquidem ipsa simplicitas orationis plerumque veritatis habet argumen-
tum; & quæ minus ornate dicta sunt, minus fraudis habere iudicantur. Nemo aptius expressit simplicitatem sermonis maritalis, quam OVIDIVS NASO *o)* dum Romanos inducit, iram Sabinarum, post raptum, oratione mollientes:

— — Quid teneros lacrymis corrumpis ocellos?
Quod matri pater est, hoc tibi, dixit, ero.

Sed paullo copiosius & non minus eleganter, in eodem fabula LIVIVS: *p)*
„Parum id superbia factum, qui connubium finitimis negassent; illas tamen
„in matrimonio, in societate fortunarum omnium, ciuitatisque, & quo
„nihil humano generi carius sit, liberorum fore. Mollirent modo iras, &
„quibus fors corpora dedissent, darent animos. Sæpe ex iniuria postmo-
„dum gratiam ortam: eoque melioribus vsuras viris, quod annixurus pro se
„quisque sit, ut, quum suam vicem functus officio sit, parentum etiam, pa-
„triæque expleat desiderium. Accedebant blanditiæ virorum, factum pur-
„gantium, cupiditate atque amore.„ Ex quo loco intelligitur, sermonem
maritalem illum consuetum, quo mariti plerumque uti solent, excusatione,
pol.

m) CATULLI. epig. XL.

n) OVID. de a. am. l. 469.

o) Ibid. 129.

p) LIV. l. 9.

pollicitationibus, *laudatione* etiam, constare; ut credi possit, ex vero amore profecta esse, quae dicuntur a maritis. Ceterum, quae sint illa *consueta* verba, & quid Jupiter Junoni in aurem dicat, nolim indagare. Amor enim, si occasio tulerit, forte per se disertus est.

Sed, si ex laudibus defunctorum, quibus a maritis subinde in marmoribus antiquis ornatae sunt, licet coniecturam facere, quam blande viuas tractauerint vxores; ausim affirmare, nullam omnino gentem honestius & liberalius & amabilius in coniugiis versatam. In illis enim, *coniux* optime merens, anima innocens *q)* incomparabilis foemina, cuius nullam cupiditatem expertus sit maritus *r)* carissima, erga se diligentissima *s)* clarissima, omnium virtutum foecundissima *t)* castissima, purissima, dulcissima, insignis pudicitiae, rari exempli, desideratissima *u)* sincerissimae fidei & simplicitatis *x)* sanctissima, quae veteris probitatis admirabilia exempla superauerit. *y)* Coniux *virginea* *z)* pia, frugi, casta, pudica *a)* rarissima *b)* spiritu incomparabili *c)* iucundissima, *d)* quae, cum vixit, Dea, & sanctissima dicta est *e)* & centum alia occurrunt, ex quibus colligimus, amor ille castus, quam ingeniosus sit, ad mutuos amores prouocandos. Sed si viuis blandirentur, teste PLAVTO, *f)* qui naturae simplicitatem omnium pulcherrime imitatus est, etiam alia vocabula amoris ludicra, ut, *mea cura*, *mea amoenitas*, *mea anima*, *mi lepos*, *mea Juno*, *mea festiuitas*, adiecta.

Ita quidem Romani, aliquando cum vxoribus fermocinati sunt. Sed, non est obscurum, quod PAPINIANVS etiam *vxoribus* permittat, ut *maritali sermone* prouocent supremum iudicium mariti. Neque enim dubito, quin maritalis sermo etiam ad vxorem pertineat, cum verba facit ad maritum. Enim vero non solum PAPINIANVS l. 52. §. 1. *D. de don. inter vir. & vx.* utrumque coniugem, maritos appellauit, ut intelligatur, etiam vxorem nomine *mariti* comprehendere; sed VALERIUS & GALLIEN. etiam l. 5. C. de *instit. vxori maritalem concordiam* commendant. Itemque apud GRVTERV M *g)* in marmore, laudantur coniuges, *maritali concordia* incomparabiles: ut dubitari non possit, vxoris etiam negotia, quae cum viro administrat, *maritalia*, & sermonem eius cum viro, *sermonem maritalem* recte appellari. Igitur ex sententia PAPINIANI, etiam vxoribus ignoscitur, quae hereditatem mariti, *sermone maritali*, exorauerunt. Certe illas de maritorum testamentis sollicitas fuisse, inter alias laudes mulierum, refert IUVENALIS: *h)*

Te-

q) GRVT. inscr. fol. 758. n. 8. *r)* id. 604. n. 5. *s)* id. 326. *t)* id. 1141.
u) 1116. n. 2. *x)* 1145. n. 2. *y)* id. 1098. *z)* 932. n. 8. *a)* 826. 6.
b) 448. 6. *c)* 563. 7. *d)* 900. 3. *e)* 613. 5. *f)* (PLAVT. casin. II. sc. III. v. 14. sqq. *g)* GRVT. inscr. fol. 435. 2. *h)* IUVEN. sat. VI. v. 268.

Testandi cum sit lenonibus atque lanistis.
Libertas, & iuris idem contingat arenæ;
Non vnus tibi rivalis dicabitur heres.

Illas enim fere magis ad amicam orationem & maritales blanditias natura comparauit. Huc fere illa pertinent, de quibus Dametas apud VIRGILI-
LIVM. i)

O quoties, & quæ, vobis Galatea locuta est.
Parcem aliquam, vendi, diuum referatis aures.

Neque minus disertæ sunt in lapidibus antiquis apud GRVTERV M, in quibus *maritum* benignissimum, carissimum, k) dulcissimum, l) dignissimum, m) incomparabilem, n) patientissimum, indulgentissimum, o) obsequentissimum, p) omnibus exemplis bene de se meritum, q) optimum, sanctissimum, r) γλυκύτατον ἄνδρα, s) σύμβιον ἀσύνκρητον, σύμβιον τελειότατον t) appellant. Denique, cum Græce amare discerent, inprimis frequentatum est illud, ζῶν, καὶ ψυχὴν, κύριε μὲ, μέλι μὲ, ψυχὴ μὲ, quod IUVENALIS u) atque MARTIALIS x) inter familiaria coniugum vocabula, referunt.

Habes blanditias sermonis maritalis, quibus coniux coniugis animum, testamenti faciendi caussa, demulcebat. Et discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, etiam iurgium mariti cum vxore, aliquando sermone maritali contineri, neque esse impedimento, quo minus valeat testamentum. DIOCLETIANVS certe l. 3. C. si quis aliqu. test. prohib. omnem sermonem; quo vti soleant mariti ad vxores, liberaliter admittit, ad iudicium supremum vxoris prouocandum. Sed quis dubitet, in illa societate tot calamitatum communium, in tot offensionibus humanæ vitæ, in tanta leuitate sexus muliebris, interdum vinci & pertundi patientiam mariti, vt cum vxore, dissimulatis tantisper blanditiis, serio agere, merita in illam sua ostendere, eius incontinentiam, & remeritatem verbis castigare, ita illam ad frugem reducere, & a consilio perdendæ hereditatis, & mutandi iudicii supremi, reuocare debeat, & spem tot beneficiis quaesitam, quocunque possit modo, conseruare. IUVENALIS enim auctor est, hunc sermonem coniugibus maxime consuetum esse, y)

Semper habet lites, alternaque iurgia, lectus,
In quo nupta iacet,

Y²

Quæ

i) VIRGIL. ecl. III. v. 72.

k) GRVT. infc. fol. 424. 3.

l) id. fol. 727. 2.

m) 338. 5.

n) GRVT. 466. 1.

o) 704. 6.

p) 349. 2. 778. 6.

q) 459. 9.

r) 472. 4.

s) 758. 6.

t) 770. 4. 777. 10.

u) IUV.

VEN. sat. VI. v. 795.

x) MART. X. ep. LXVII.

y) IUV. sat. VI. v. 268.

Quae quamuis dura sint, & præter viri honesti votum eueniant, tamen in illa coniunctione, quae vix dissimulationem doloris admittit, interdum veniam merentur, atque aliquando iusta sunt, & culpa carent.

§. IV.

*Facilius
ignoscitur
solicitationibus
coniu-
gum. Iurgia
etiam coniu-
gum testa-
menta non
infirmant.
Vis & do-
lus prohiben-
tur.*

Nimirum, ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare, quid permissum sit maritis, ut iudicium supremum vxoris in se prouocare possint. Blanditias, officia, mutuas affectionem, quibus quis hereditatem mereri studeat, PAPINIANVS generaliter in omnibus admittit l. 70. D. de hered. instit. Sed, aut omnia me fallunt, aut d. L. 3. D. & l. vlt. C. si quis aliquem test. prohib. plus maritis indulgetur: ut vincant animum vxoris. Sermo maritalis quem PAPINIANVS & DIOCLETIANVS permittunt, certis fere finibus non regitur, sed in tanta coniugum familiaritate, in tam longo consortio, liber est, ut non facile certis vinculis adstringi possit. Multae sunt, & quotidianae opportunitates, quae inuitent ad sermonem de hereditate relinquenda. Miror GOTHOFREDVM, qui ad d. l. 3. D. si quis aliqu. test. prohib. negauit, suggerendam esse vxori testamenti factionem sermone maritali. Hoc si verum esset, nunquam valerent testamenta coniugum. Quis credat, illos, inter tot blanditias, & occasiones, nunquam de scribendo testamento, & de hereditate relinquenda, inter se deliberare. Enim vero DIOCLETIANVS d. l. 3. diserte permittit, ut maritus supremum iudicium vxoris prouocet sermone maritali. Sed hoc fieri vix potest, nisi aliquando, etiam directo, cum illa, de testamento faciendo, & hereditate sibi relinquenda, habeat sermonem. Imo PAPINIANVS etiam d. l. 3. si quis aliqu. test. proh. marito ignoscendum esse ait, si vxorem, quae mutandi testamenti, & adimendae hereditatis consilium ceperit, auocare ab eo proposito, & illud dissuadere, atque offensam mulieris placare studeat, sermone maritali, ne faciat omnino codicillos. Sed hæc fere cogitari non possunt, sine aliqua suggestionem. Quæ esset illa familiaritas, si cauendum esset coniugi, ne ipsi excideret verbum de testamento, & si esset periculum, ne a cognatis suae vxoris postea sollicitationis importunae & immodicae accusaretur? Quis hoc ferre posset, si exquirerentur post mortem omnes arcani coniugum sermones. In tanta coniunctione rerum omnium, obtestationes, preces, etiam crebrae atque repetitae, quae in aliis ferri vix possent, nihil habent importunitatis.

Ita etiam de iurgio habendum, & de seuera increpatione, qua maritus intercedit, ne vxor sibi adimat hereditatem. Et hic enim maritalis sermo, a coniugibus quandoque, si res postulet, non minus quam blanditiae, frequentatur. Finge enim, maritum sua in ipsam merita ostendere vxori, beneficia commemorare, quot eius offensiones & iniurias tulerit, qua pati-

en-

entia ipsius imbecillitati indulserit, quibus sudoribus patrimonium eius seruauerit, quo suo incommodo illam aluerit, & ornauerit, vt se digne exhibere posset, enarrare; praeterea ipsum conqueri, quod haec ipsi gratia reddatur, quod opes, suo studio auctae & seruatae, aliis deglutiendae offerantur, se, cum sentiat, ita secum agi, ipsum etiam alio in illam animo futurum; finge illum porro, liberorum mentionem iniicere, suam calamitatem, indigentiam prolis periculum futuri temporis, sermone maritali explicare; finge denique vxorem, his rationibus & querelis permotam, tandem cedere, & maritum scribere heredem; & censeo, valere testamentum sermone maritali prouocatum. Inter coniuges certe haec tanto facilius feruntur, quanto iustiores sunt preces illae, quibus illam sibi, pro tot meritis, gratiam referri petunt, vt heredes scribantur testamento.

Neque vero quisquam obiiciat, *metu coactam* videri testatricem, cui maritus sermone maritali, coque seueriore, persuasit, vt ipsum scriberet heredem. Respondet enim *VLPIANVS* l. 14. §. 1. D. *solut. matr.* receptum esse, vt maritis *reuerentia* exhibeatur. Sed quae *metu reuerentiae* debita, & cogitatione officii, de quo vxor admonita fuit a marito, facta sunt, metu illiberali non extorta iudicantur. *CELSVS* enim l. 22. D. *de ritu nupt.* docet, illam, quae reuerentia alterius, cuius iuri quodammodo subiecta est, tandem consentit, *inuitam* non censerit, sed *maluisse* hoc videri, in quod, per reuerentiam consensit.

Vnum illud prohibet *PAPINIANVS*, ne per *vim* ac *dolum* maritus intercedat, ne vxor, mutata voluntate, codicillos faciat, d. l. 3. D. *si quis al. test. prohib.* sed *vis* ac *dolus* non *praesumuntur* in *maritali concordia coniugum*. Omnia alia facilius credimus interuenisse, quam viri *vim* & *dolum*. Multa videntur *ad vim* spectare, quae, in *illa familiaritate* coniugum, nihil habent vitii & culpa. Igitur oportet euidentissimis *probationibus* docere, vim adhibitam fuisse. Qualia sunt, quae habet *VLPIANVS* l. 1. pr. ff. *si quis aliqu. test. prohib.* vt, si prohibuit testamentarium, id est, scribam, cum testibus, introire, cum vellet vxor mutare testamentum.

Generaliter *ALEXANDER* l. 1. C. *eod.* desiderat, *compulsam* esse testatorem ab eo, qui heres institutus est, vt testamentum, quasi per *vim* extortum, infirmetur. Ausim affirmare, non videri *compulsam* vxorem ad testandum, nisi *vis immediate*, quod dicunt Philosophi, *circa actum testandi* cum illa perseveraret in illo consilio, adhibita fuerit vxori. Hoc ostendit exemplum *VLPIANI* d. l. 1. *eod.* & l. 3. §. 5. D. *ad SCtum Trebell.*
Fasc. V. Z vt,

ut, si quis abigat testamentarium & testes. Tunc enim videtur impedimento *fuisse*, ne testamentum ordinari posset; quod non permittit *DIOCLETIANVS* l. 2. C. *si quis aliqu. test. prohib.* Cetera, quae in matrimonio durius gesta sunt, non videntur *vim*, testamenti causa illatam, continere. Alioquin dura esset conditio mariti, cuius omnia dicta & facta in coniugio, post mortem vxoris, pessimo exemplo, inquiri, & in malam partem trahi possent a coniunctis, spe testamenti infirmandi. Multa in matrimoniis fiunt, & per affectionem maritalem condonantur, quae, ab aliis facta, vim continere & pessimo exemplo suscepta viderentur. Finge igitur, maritum, sermone maritali, vxorem compellasse, ut se scriberet heredem; finge illum, cum vxor aliena esset ab illo consilio, remisisse aliquid a pristino calore & studio in ingratiissimam vxorem, imo etiam cum illa rixatum, & rustice ac incontinenter rem gessisse, aliquando, per occasionem, ad verbera peruentum esse, post ea factum esse ab vxore testamentum, ut mariti animum placaret. Sed non videbitur vis adhibita vxori, quia *immediate*, circa actum testandi, cum perseveraret in consilio mariti excludendi, non pulsata fuit a marito. Nuper certe *scabini* Vitembergenses, in eiusmodi specie oblata, dixerunt valere testamentum; quamvis appareret, vxorem aliquando pulsatam esse a marito. Sufficiebat enim, quod non *immediate circa actum testandi*, aut testamenti causa, ab illo pulsata videretur.

Eadem fere etiam de *dolo* mariti dicenda sunt, quo testamentum vxoris infirmatur. Neque enim videbitur maritus *dolo* quid gessisse, nisi *immediate circa actum testandi* aliquid fraudis admiserit, quo vxoris libertas impediretur. Talia sunt illa, de quibus *PAVLVS* l. 2. D. *si quis aliqu. test. proh.* tractauit: ut, si dolo malo fecerit, quo minus testes conueniant, & *per hoc* deficiat facultas testamenti faciendi. Tunc enim dolus manifestus interuenit. Sed si vxori submitit curatorem, qui repeteret sermonem mariti, & suaderet heredis institutionem, testamentum etiam scriberet, & vxori commendaret; nihil vitii habebit testamentum.

Hæc non ideo disputata sunt, ut barbaram mariti incontinentiam & asperitatem excusemus. Ut quisque est vir optimus, ita maxime detestabitur rixas & iurgia, pestem illam dulcissimae & amicissimae societatis; ut malit non habere, quae ab vxore inuita in ipsum transferantur. Defendendæ sunt vxores a maritis, quod *PAVLVS* praecipit l. 2. D. *de iniur.* quae in mariti sinum & tutelam, cum tanto suo incommodo, confugiunt, seque & sua omnia permittunt liberaliter marito, blande & humaniter afficiendae sunt, quae non habeant alium, cui confidant, in cuius umbra requiescant. Sed cognatis etiam non indulgendum est, qui iniuriam marito faci-

faciunt, &, quæ innocenter ab ipso facta sunt, in criminationem *violentiae* & *doli* trahunt, iustissimæ hereditatis adimendæ caussa.

Quæ cum ita sint, cauendum est aduocatis, [ne, dum testamenta coniugum impugnare audent, *generaliter*, vxorem a marito, ante testamenti factionem, aliquando, aut sæpius indigne tractatam, aut importunius de hereditate relinquenda sollicitatam esse, dicant. Frustra enim victoriam sperabunt, nisi *speciatim* commemorent, *quomodo vis* aut *dolus immediate*, circa actum testandi, interuenerit, vt appareat, an *compulsa* fuerit a marito ad testandum.

§. V.

Satis credo, comprobatum est, maritum non facile existimari, aliquid per *vim* & *dolum* gessisse, circa vxoris testamentum. Sed res minus *Excluditur suspicio violentiae si* habet dubitationis, si vxor *vixerit post testamentum*, & nihil conquesta *vxor superstes fuerit non mutato* sit, de vi, qua compulsa sit ad hereditatem relinquendam, & nihil mutauerit de suprema voluntate. ALEXANDER enim l. 4. C. de his, qui *bus vt indign.* permittit vxori, vt possit declarare, maritum non *mereri* voluntatem suam, ad quam edendam fuerit compulsa. Consentio enim DIONYSIO GOTHOFREDO, qui ad dictam legem 4. arbitratur, commodius probari metum illatum testatrici, si coram aliquot testibus significauerit, se vi compulsam ad testandum. Contra, si nihil illorum ab vxore factum fuerit, si perseuerauerit in voluntate, quamuis colloqui potuerit, cum amicis, aut iudicem adire; certissime diluitur suspicio violentiæ aut doli admissi a marito. Aperte enim VLPIANVS l. 23. pr. D. *quod met. caussa* non est verisimile, inquit, *compulsam* aliquem in vrbe quid fecisse, quum potuerit ius publicum inuocare, & adire aliquem potestate præditum, qui vtique, vim eum pati, prohibuisset. Sed *huiusmodi præsumptioni* debet *apertissimas probationes violentiæ* opponere.

Neque tamen aliquis obiiciat, *ab initio non valuisse* illud testamentum, ad quod vxor compulsa sit, ideoque illud ex interuallo *non conualescere*, propter silentium vxoris. Enim vero huic respondetur, non illud conualescere ex interuallo; sed silentium illud esse argumento, vim non adhibitam fuisse, & testamentum *ab initio* omnino substituisse. Ita certe haud ita pridem visum est *scabinis Vitembergensibus*, quibus eiusmodi species offerebatur. Marito male conuenerat cum vxore sua: secubuerat interdum per dies aliquot ab vxore, sæpe de testamento illam interpellauerat, multæ controuersiæ inter coniuges ortæ erant, aliquando etiam verberauerat vxorem, tandem vxor fecerat quidem testamentum; sed ex *suggestione* mariti, qui ipse

curatorem eius aduocauerat, & ab illo, vt testamentum scriberet, atque vxori commendaret, impetrauerat: quae omnia libello comprehensa erant.

Vxor acceperat scripturam curatoris, singulis paginis nomen suum subscripserat, ita subscriptum testamentum iudici obtulerat, pro tribunali: postea vixerat per menses aliquot, nihil mutauerat, nihil conquesta erat. Sed cognati volebant infirmari testamentum, & pro nullo declarari. Indicatum est, Daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt hat. Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Dieweil Kläger, worinnen das ungestüme Anhalten, und die Bedrohungen, durch welche Beklagens verstorbenes Ehe-Weib, zu Verfertigung ihres letzten Willens, von demselben gezwungen worden, bestanden, und, daß Beklagter sie unmittelbar zu der Unterschrift des Testaments mit Gewalt oder List genöthiget, eigentlich, und mit einiger Gewisheit, anzuführen nicht vermogt, die übrigen in der Klage enthaltenen Umstände hingegen das gerichtlich übergebene Testament, welches die Vermuthung der Solennität und Richtigkeit vor sich hat, nicht entkräften mögen, in mehrerer Erwägung, einem Ehe-Manne, durch Zureden, und Vorstellungen, das Ehe-Weib zu Abfassung eines letzten Willens zu bewegen, nachgelassen,

l. 3. D. & C. si quis. aliq. test. proh.

hiernächst die zwischen denen Ehe-Leuten, dem Anführen nach, zu gewissen Zeiten entstandene Uneinigkeit, wegen welcher die Ehe-Frau ihrem Manne sich dann und wann entzogen, dem nachhero errichteten letzten Willen seine Wirkung nicht benehmen kan, gestalt auch dem Ehe-Manne, seiner Frauen Vermögen an sich zu nehmen, und solches zu administriren frey gestanden, überdieß die Erblasserin, das von D. N. aufgesetzte Testament nicht allein eigenhändig unterschrieben, sondern auch gerichtlich insinuiret, mithin ihre Genehmhaltung hinlänglich zu erkennen gegeben, auch, bey solcher Bewandniß, da Sie des Schreibens nicht unerfahren, die Vorlesung des Testaments nicht nöthig gewesen, ausserdem dieselbige, nach beschehener gerichtlichen Insinuation, noch einige Zeit am Leben geblieben, gleichwohl ihre Willensmeynung, wie ihr freygestanden, nicht geändert oder widerrufen, dahero, daß selbe solches Testament wider ihren Willen übergeben, nicht behauptet werden mag,

L. 23. pr. D. quod met. caus.

nächst dem die angezogene Furcht vor ihrem Ehe-Manne, durch welche sie zur Unterschrift des Testaments bewogen worden, in Ermangelung anderer Umstände,

stände, allenfalls pro metu reverentiali zu achten, mithin der Beständigkeit des letzten Willens dadurch nichts benommen wird:

arg. l. 22. *D. de rit. nupt.*

So ist, als im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.



1878

...

...

...

...

...

...

...

...

Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs V.

Halae ad Salam 1776

4 Diss. 5010-4/6

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122903-7

VD18 90544277